

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
CURSO DE DIREITO

SELMA GIULIA BEZERRA VILLARIM

**O CONFLITO ENTRE O *HATE SPEECH* E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA
ABORDAGEM COM BASE NA DIGNIDADE HUMANA E NA PONDERAÇÃO DE
VALORES**

SANTA RITA

2018

SELMA GIULIA BEZERRA VILLARIM

**O CONFLITO ENTRE O *HATE SPEECH* E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA
ABORDAGEM COM BASE NA DIGNIDADE HUMANA E NA PONDERAÇÃO DE
VALORES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho.

SANTA RITA

2018

SELMA GIULIA BEZERRA VILLARIM

**O CONFLITO ENTRE O *HATE SPEECH* E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA
ABORDAGEM COM BASE NA DIGNIDADE HUMANA E NA PONDERAÇÃO DE
VALORES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de Santa
Rita do Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Marteleto
Godinho.

DATA DA APROVAÇÃO:

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho (Orientador)

Avaliador 1

Avaliador2

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus que me permitiu chegar até aqui, concedendo-me saúde, coragem e a sabedoria necessária para alcançar a concretização de mais esse sonho.

Aos meus pais, Ana Amélia e Adriano, por terem me ensinado o valor dos estudos e pelo apoio, incentivo e dedicação incondicional. Sem vocês eu jamais teria alcançado essa vitória em minha vida.

A minha irmã, minha parceira, que sempre me alegrou e me incentivou durante todo esse tempo e com quem compartilhei todos os finais de semanas, feriados e noites de estudos. A concretização desse sonho ganha outro sentido, pois minha maior alegria hoje é saber que pude compartilhá-lo com você.

Ao meu orientador Adriano Godinho, por toda atenção e compromisso despendido, sem os quais esse trabalho jamais seria desenvolvido. Gratidão por ter tido a honra de ser orientada por um professor que possui um enorme conhecimento, e, além disso, é um ser humano fantástico. Fica aqui meu agradecimento, sobretudo, por ter me proporcionado o enorme prazer de conhecer e admirar profundamente o seu trabalho e sua pessoa.

Aos meus amigos, especialmente do grupo “Extradita”, pelo estímulo e paciência.

Enfim, agradeço a todos que participaram de modo direto ou indireto dessa etapa tão importante da minha vida, minha eterna gratidão.

VILLARIM, Selma Giulia Bezerra. O conflito entre o *hate speech* e a liberdade de expressão: uma abordagem com base na dignidade humana e ponderação de valores. 2018. 57 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Faculdade de Direito de Santa Rita, Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2018.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo discutir alguns dos mais controversos temas relacionados à regulamentação e à intervenção jurídica na seara da liberdade de expressão. Deste modo, expõe-se o conflito existente entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio no ordenamento jurídico brasileiro. Em um primeiro momento, aborda-se a liberdade de expressão, delimitando seu significado e conteúdo. Em seguida, aponta-se o *hate speech* como elemento inibidor dessa garantia, de forma a preservar a inteireza dos direitos da personalidade e da própria dignidade humana. Além disso, foram feitas considerações sobre os modelos adotados pelo sistema jurídico norte-americano e germânico, para concluir que o Brasil possui direcionamento contrário dos EUA, a partir da análise de casos emblemáticos, como o do editor Siegfried Ellwagner. O trabalho, ainda, pretende demonstrar que o conflito jurídico apresentado pode ser resolvido à luz de normas jurídicas que garantem o exercício e a proteção dos direitos da personalidade, além da aplicação da técnica de ponderação, desenvolvida por Robert Alexy, baseada no princípio da proporcionalidade. Dentre os objetivos específicos estão a análise da doutrina, legislação vigente e jurisprudência atual. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo. As técnicas de pesquisa foram essencialmente teóricas, com predominância das técnicas normativas, alcançadas pela pesquisa bibliográfica e documental. Por fim, chegou-se a conclusão de que é necessário justificar e estabelecer limites à liberdade de expressão no sentido de proteger os direitos essenciais da pessoa humana e desenvolver uma cultura de tolerância e combate ao discurso de ódio.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Dignidade Humana. Discurso de ódio. Técnica de ponderação.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIGNIDADE HUMANA E DISCURSO DE ÓDIO.....	12
2.1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	12
2.2 A NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	15
2.3 DEFINIÇÃO DE DISCURSO DE ÓDIO	17
2.4 A DISCUSSÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO, O DISCURSO DE ÓDIO E A TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA	19
2.4.1 O <i>hate speech</i> e a busca da verdade	21
2.4.2 O <i>hate speech</i> e o processo democrático	23
3. O <i>HATE SPEECH</i> NA EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO E NO DIREITO BRASILEIRO.....	26
3.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	26
3.2 ALEMANHA	29
3.3 O DISCURSO DE ÓDIO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	31
3.4 ESTUDO DE CASOS NO BRASIL	34
3.4.1 O caso Ellwagner	34
3.4.2 O caso Unidos do Viradouro	38
3.4.3 O caso Levy Fidelix	39
4. A PROTEÇÃO AO <i>HATE SPEECH</i> E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE REPARAÇÃO DE DANOS.....	40
4.1 OS DANOS ÀS VÍTIMAS	40
4.2 A EFICIÊNCIA NO COMBATE AO <i>HATE SPEECH</i>	41
4.3 A PROTEÇÃO AO DISCURSO DE ÓDIO E A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	42
4.3.1 A reparação civil	44
4.3.2 Os meios não pecuniários de reparação de danos	47
4.4 A PONDERAÇÃO DE VALORES COMO SOLUÇÃO CONCILIATÓRIA	49
5. CONCLUSÃO	52

REFERÊNCIAS	54
--------------------------	-----------

1. INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como título “O conflito entre o *hate speech* e a liberdade de expressão: uma abordagem com base na dignidade humana e na ponderação de valores”. Trata-se de tema estudado, em particular, pelo Direito Civil e pelo Direito Constitucional, tendo em vista que busca justificar o estabelecimento de limites à liberdade de expressão, de forma a defender a inteireza da dignidade humana e dos próprios direitos da personalidade (tais como a honra, a privacidade e a imagem).

Hodiernamente, nosso país vive em um momento de mudança de paradigmas, uma vez que vários valores axiológicos foram postos em cheque no mundo jurídico. Isso decorreu, em grande parte, pela supressão de direitos ocorrido no período da ditadura militar, dentre eles o da liberdade de expressão, que está relacionado à livre manifestação de ideias e pensamentos.

Com o advento do Estado Democrático de Direito Brasileiro, instalado pela Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão foi enfaticamente protegida (adquirindo *status* de direito fundamental, previsto no art. 5º da CRFB) e a envergadura conquistada pela dignidade humana foi tremenda. Aconteceu que todo o ordenamento objetivou ser um meio para atingir a ordem social e valorização da dignidade, tendo sempre a pessoa humana como foco final. Respira-se, assim, um tempo de ares mais livres e democráticos, além de um amplo espaço de tutela das liberdades individuais.

Contudo, é justamente nesse novo cenário que encontramos questões que ensejam calorosas discussões no espaço jurídico, envolvendo a fixação de limites à liberdade de expressão, tal como o relacionado a manifestações de ódio.

O discurso de ódio é caracterizado por formas de pensamentos que depreciem determinados membros ou grupos da sociedade ao propagar, incitar, promover o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou qualquer outro tipo de intolerância. Ainda, tal discurso, baseado em ódio puro, objetiva a exclusão e a marginalização social desses grupos. Contudo, a polêmica sobre o tema não gira em torno da sua conceituação e sim de quando tal discurso está protegido pelo manto da liberdade de expressão e quando configura abuso e deve ser punido.

O tema voltou a atrair holofotes devido ao recente caso ocorrido com a filha dos atores Bruno Gagliasso e Giovanna Ewbank, que foi alvo de ofensas raciais publicadas na internet, no dia 26 de novembro de 2017, por uma *socialite* brasileira que a chamou de “preta”, com cabelo “de pico” e nariz de negro. Os pais da menina denunciaram o caso e obtiveram o apoio da população.

No Brasil, ainda não há uma legislação específica que trate do discurso de ódio. O tema é atualmente regulado pela Lei n. 7.716/89, que em seu art. 20 define como crime a prática de discriminação por critério de raça, cor, etnia, religião, adicionando os atos divulgadores do nazismo no seu parágrafo primeiro.

Ademais, o número de ações judiciais que tratam da temática do discurso de ódio ainda não é grande no Brasil. O Supremo Tribunal Federal enfrentou pela primeira vez uma polêmica quanto ao tema em 2003, no caso que ficou conhecido como *Ellwagner*. A posição que foi adotada pelo STF, de criminalização do racismo, é louvável e torna-se paradigma em relação a outras decisões sobre o tema, tendo o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o presente caso, fixado seu precedente mais relevante quanto à temática

Contudo, como se verá ao longo do presente trabalho, é necessária cautela ao limitar a liberdade de expressão em regimes democráticos, exigindo, assim, uma ponderação de valores no caso em concreto. De toda forma, é inevitável o comprometimento do direito à liberdade de expressão se constatado seu abuso, sob pena da efetiva implementação do processo essencial à realização concreta do princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros valores que formam a essência da personalidade humana. Nesse sentido, se, por um lado, a democracia necessita da liberdade de expressão, por outro, também presume a proteção aos direitos da personalidade, direitos que derivam da própria dignidade humana.

Diante desse panorama e por tratar-se de um tema relativamente novo nos tribunais brasileiros, surge o questionamento central do presente estudo: Até que ponto a liberdade de expressão, garantia típica liberal, pode ser restringida, como forma de proteção ao exercício de outros direitos fundamentais? E, ainda, como o conflito em questão pode ser resolvido à luz da aplicação de instrumentos jurídicos?

Sobremaneira, os impactos desse conflito trazem uma problemática que merece atenção quando nos deparamos com um tema sem um marco legislativo, o que pode gerar má interpretação do tema pelos tribunais e instâncias inferiores ou até mesmo com decisões conflitantes entre si.

O interesse pelo tema a ser abordado no presente Trabalho de Conclusão de Curso, advém de vários aspectos conjuntos: primeiramente, de um grande interesse pelo Direito Civil, em razão de sua importância para regular as relações dos membros de uma sociedade, além da tutela dos direitos da personalidade e dos meios de contenção a sua ameaça.

Um segundo fator, foi a participação na extensão intitulada “Perspectivas e Novos Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional”, uma vez que possibilitou o entendimento de que o exercício das liberdades civis deve ser vista a partir de uma nova

concepção: a humanização das instituições jurídicas. Tais direitos devem possuir uma preocupação finalística com a real eficácia dos direitos humanos e dessa forma, impedir as discriminações pautadas em discursos intolerantes, permitindo que cada indivíduo possa desenvolver sua personalidade livremente.

A relevância do tema no cenário brasileiro é evidente, por ser pouco conhecido e discutido no Brasil, cabendo aos operadores do direito o uso de instrumentos jurídicos em suas manifestações técnicas, para impedir abusos de poder por parte dos julgadores, colaborando para que o Poder Público alcance sua finalidade, a partir de uma interpretação sistemática do valor da dignidade humana.

Assim, tem-se que, a produção científica qualificada sobre o assunto, ainda pouco abordado pela doutrina e jurisprudência nacional, revela-se como a principal justificativa do presente trabalho.

Como objetivo geral, o presente trabalho precipuamente busca analisar até que ponto a regulação estatal esbarra na liberdade de expressão e identificar quando este direito pode ser objeto de disposição e restrição.

Entre os objetivos específicos, veem-se os seguintes: (i) Aprofundar o debate sobre o conflito da liberdade de expressão e o discurso de ódio a partir das experiências de outros países e a criação de um marco legislativo sobre o tema; (ii) Indicar, a partir da doutrina abalizada sobre a temática, quais são os fundamentos favoráveis à aplicação da tese em estudo; (iii) Analisar o conteúdo das jurisprudências dos nossos tribunais, a fim de defender a criação de precedentes para o julgamento de outros casos semelhantes; (iv) Identificar quando um discurso não se encontra protegido pela liberdade de expressão; (v) Desenvolver um trabalho que possa ser academicamente utilizado nas discussões a cerca do tema da pesquisa.

Quanto à metodologia, a presente pesquisa possui natureza fundamentalmente dogmática, tendo em vista que buscou realizar o estudo das premissas teóricas e práticas acerca dos limites ao exercício da liberdade de expressão para que não comprometa a subsistência dos direitos da personalidade.

Houve a utilização do método hipotético-dedutivo, uma vez que o desenvolvimento e conseqüente fundamentação do presente trabalho teve por base a formulação de hipóteses que, após discutidas, levam à solução da problemática existente. No mesmo sentido, predominantemente, foi empregado o método interpretativo de procedimento, considerando a necessidade de analisar os referenciais doutrinários e teóricos sobre a temática tratada, bem como julgados de casos concretos da Suprema Corte e de Tribunais Internacionais.

Portanto, as técnicas de pesquisa utilizadas se revelam essencialmente teóricas, tendo por base materiais elaborados, como livros e artigos científicos que ajudarão no processo de resolução do problema formulado e que compreenderá a definição da temática, passando pela construção lógica do trabalho.

Em relação à estruturação do bloco textual do trabalho, verifica-se, inicialmente, que o Capítulo 2 se dedica à análise da liberdade de expressão como direito fundamental, a definição e conceito de discurso de ódio e dignidade humana, demonstrando, ainda, a relação intrínseca existente entre eles, o que determina a origem do conflito existente entre liberdade de expressão e discurso de ódio. Ademais delinea a necessidade da discussão sobre a liberdade de expressão em regimes democráticos e a justificativa da sua utilização para a busca da verdade, levando em consideração o reconhecimento da igualdade para a não legitimação da discriminação e discurso de ódio.

O capítulo 3 se ocupa de trazer aspectos das perspectivas do modelo norte-americano, o qual atribui maior importância à liberdade de expressão, e o modelo alemão que defende a intangibilidade da dignidade humana. Devidamente apresentado tais modelos, conclui-se que o Brasil possui direcionamento que se aproxima a visão germânica. Posteriormente, discorre-se sobre os reflexos dos sistemas jurídicos internacionais que lidam sobre o tema na realidade brasileira, a partir da análise de casos emblemáticos na jurisprudência do país, como o caso que ficou conhecido como Ellwagner. Ainda, trata da necessidade da formação de precedentes sólidos, para a construção de uma segurança jurídica no país quanto à temática.

No capítulo 4, investiga-se a necessidade da proteção às vítimas de discurso de ódio, o que corresponde às tutelas atenuantes e repressivas dos direitos da personalidade, que podem se manifestar por meio de retratações públicas, da supressão dos conteúdos ofensivos, além da imposição de indenizações pelo dano moral e material sofrido, etc. Ademais, apresenta a solução para a celeuma, qual seja: a técnica de ponderação de valores, pormenorizadamente desenvolvida por Robert Alexy, que busca pelo princípio da proporcionalidade, promover a harmonização entre a liberdade de expressão e a preservação de outros direitos que tocam o núcleo duro da dignidade humana.

Sem dúvida, é evidente o conflito existente liberdade de expressão, dignidade humana e discurso de ódio e a grande preocupação em delimitar uma linha tênue entre ambos. Ainda, considerando a importância no campo jurídico e a produção ainda incipiente do tema, torna-se fundamental discuti-lo.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIGNIDADE HUMANA E DISCURSO DE ÓDIO

Neste capítulo, far-se-á a análise da liberdade de expressão como direito fundamental, além da compressão da dimensão do discurso de ódio e dignidade humana, demonstrando, assim, a relação intrínseca existente entre eles. Nesse sentido, é necessário entender o discurso de ódio como elemento inibidor da liberdade de expressão, levando em consideração que o direito de manifestar suas opiniões não pode ser tido como absoluto, com base no princípio da dignidade humana, valor inerente ao ser humano.

2.1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de cada um se expressar é essencial aos seres humanos, pois possibilita a criação de canais de linguagens que lhes permitem relacionarem-se, e, conseqüentemente, viver em sociedade. Em consonância a isto, o direito à liberdade de expressão garante que possam ser externados quaisquer opiniões e comentários, ou seja, garante voz aos indivíduos nas suas interações sociais e políticas, e assim, mais do que uma faculdade, constitui uma verdadeira necessidade para o desenvolvimento livre da sua personalidade e cidadania.

Importa ter em conta, a propósito, que a liberdade de expressão nos permite externar nosso pensamento de forma a materializar o direito de termos uma opinião. Apenas esse pensamento publicado pode ser submetido às normas constitucionais, não se confundindo, assim, com a liberdade de pensamento. Sobre o tema, observa José Cretella Júnior: “manifestar” é “revelar”, “projetar”, “denunciar”, “declarar”. Pensamento manifestado é o declarado, o que se projeta no mundo, tornando-se conhecido e, pois, gerando conseqüências jurídicas e sociais.”¹ Dessa forma, o autor assevera que os pensamentos individuais que não forem exteriorizados não podem estar sujeitos às normas jurídicas, isso porque a nossa mente é autônoma e livre em relação aos pensamentos.

A liberdade de expressão, como direito fundamental, foi expressa, pela primeira vez, em 1689, no estatuto político conhecido como *Bill of Rights*.² A partir de então, outros documentos passaram a declarar textualmente tal direito, como o art. 19 da Declaração

¹CRETELLA JR., José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 212.

²LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v.16, n. 3, 2014, p.229.

Universal dos Direitos Humanos³, que prevê que “toda pessoa tem direito a liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

No Brasil, o direito à liberdade de expressão já era garantido na Constituição de 1824, ou seja, desde a época imperial. Contudo, com o advento da ditadura militar tal direito deixou de receber proteção por parte do Estado, pois era forte a repressão e censura que recaia sobre a maioria das manifestações expressivas. Por tal experiência vivida pelo nosso país é que se encontram dificuldades na aplicação desse direito, pois, por muitas vezes, o preço para tê-lo era pago com a própria vida.

Com a redemocratização e o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 observa-se que a liberdade de comunicação e pensamentos constitui garantia dirigida a todas as pessoas como um direito da humanidade; assim sendo, tal direito configura-se como um direito humano autônomo, tendo especial destaque na CRFB/88 que chega a ser redundante ao consagrá-la em dois incisos do seu artigo 5º, sendo eles:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV- é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX- é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.⁴

Ademais, como forma de proteger e assegurar ainda mais os direitos individuais, dentre eles o da liberdade de expressão, a CRFB/88 no seu art. 60, §4º, IV, confere a eles *status* de cláusula pétrea, ou seja, nem mesmo por emenda constitucional tais direitos podem ser abolidos, configurando, assim, clara limitação material ao poder reformador do Estado. Preciso, Daniel Sarmiento explica tal preocupação constitucional:

Do ponto de vista histórico, não é difícil compreender as razões que levaram o constituinte a tamanha insistência: tratava-se de exorcizar os fantasmas do regime militar, que praticara aberta censura política e artística, e de assegurar as bases para a construção de uma sociedade mais livre e democrática.⁵

³ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: < http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 14 mar. 2018.

⁴BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁵SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do ‘hate speech’**. Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em 14 mar. 2018.

Contudo, a liberdade de expressão na nossa Carta Magna, apesar de amplamente protegida, não é absoluta. É o que se extrai do disposto no art. 220 da CRFB/88⁶: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Isso porque, como qualquer outro direito fundamental, há outros valores constitucionais que poderão limitá-la, como a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X), a igualdade (art. 5º, caput), o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V), a vedação ao anonimato (art. 5º, IV), entre outras hipóteses. Ou seja, nada na nossa Constituição permite o entendimento de que a liberdade de expressão deve prevalecer sobre todo e qualquer caso.

Ainda, sobre o tema, cumpre levar em consideração o princípio da proibição de abuso de direito fundamental. Assevera George Marmelstein a esse respeito:

Em diversas declarações de direitos pelo mundo afora, há a expressa menção ao princípio da proibição de abuso de direito fundamental. Em linhas gerais, esse princípio estabelece que nenhum direito fundamental deve ser interpretado no sentido de autorizar a prática de atividades que visem à destruição de outros direitos fundamentais. [...] Aqui no Brasil, não há uma norma constitucional expressa acolhendo o princípio da proibição de abuso de direito fundamental. Mas ele está latente no sistema constitucional brasileiro.⁷

Percebe-se, assim, que a relação existente entre a liberdade de expressão e outros direitos constitucionais desafia os juristas, tendo em vista que no Brasil não existe uma norma específica que regule o direito fundamental à liberdade de expressão. O que vivemos hoje é menos um cenário autoritário, contudo de mais magistrados e legisladores em busca de fórmulas que permitam um equilíbrio desse conflito em cada caso concreto.

Com efeito, podemos perceber a relação direta existente entre Estado Democrático de Direito e a liberdade de expressão, direito vital para a democracia, pois permite a crítica e a possibilidade de debate na sociedade, além de favorecer o controle da população sobre os atos do Estado. Um regime que pretenda ser democrático deve assegurar tal direito, sem comprometer, entretanto, a subsistência do núcleo duro dos direitos da personalidade. Assim, o grande desafio que se põe é o fato de a liberdade de expressão, que é, *a priori*, uma típica garantia liberal do cidadão contra a autoridade constituída, limitar-se, tendo em vista a proteção de minorias e o exercício de outros direitos fundamentais.

⁶BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁷MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.459.

2.2 A NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A compreensão do homem como possuidor de uma dignidade já existia desde a filosofia kantiana, que evidenciou a racionalidade dos seres humanos, permitindo, assim, que o homem deixasse de ser visto como coisa e passasse a ser respeitado como tal, já que foi reconhecido como fim, não mais como meio. A raiz etimológica da palavra dignidade, que vem do latim *dignus*, que indica aquele que requer estima e honra, já nos dá indícios do seu significado.⁸

Roberto Andorno afirma que a dignidade humana se refere:

[...] ao valor único e incondicional que tem a existência de todo ser humano, independentemente de qualquer ‘qualidade acessória’ que pudesse corresponder por razões de idade, estado de saúde física ou mental, origem étnica, sexo, condição social ou econômica ou religião. É sua condição humana como tal o que gera um dever de respeito para com o indivíduo, sem que seja exigível nenhum outro requisito adicional.⁹

A dignidade situa o homem no centro do ordenamento jurídico, colocando-o como início e fim do Direito, como forma de apagar os efeitos nefastos das grandes guerras mundiais, onde vários direitos basilares foram negados. Além disso, firmar uma ordem jurídica pautada na dignidade do homem permite reconhecê-la como valor supremo que envolve todos os outros direitos fundamentais. Isso porque os direitos fundamentais e da personalidade constituem atributos indispensáveis à condição humana, pois derivam da própria dignidade da pessoa humana. Dessa forma, apesar da dignidade não configurar-se como um autêntico direito, pois não está no rol dos direitos fundamentais, ela é alicerce e fundamento deles, ou seja, é uma qualidade intrínseca que dá sustentação a todos os outros direitos. Ademais, o papel desempenhado pela dignidade é de extrema relevância, tendo em vista que é enunciada como princípio fundamental do Estado (art. 1º, III da CRFB/88), passando a ser considerada como *ratio* de toda a ordem jurídica.

Para Ingo Sarlet, a dignidade implica limites para as ações do Estado (dimensão negativa), mas ao mesmo tempo exige uma atuação positiva por parte dele para que seja garantida uma vida saudável a todos (dimensão positiva). Em suas palavras:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por

⁸ GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Direitos Fundamentais e Dignidade Humana. **Revista Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404>. Acesso em 15 mar. 2018.

⁹ ANDORNO, Roberto. “**Liberdade**” e “**dignidade**” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 80-82.

parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁰

Assim, a noção de dignidade implica em liberdade e autonomia para que o indivíduo possa escolher seus planos de vidas, mas ao mesmo tempo impõe a proteção de um núcleo mínimo de existência, contra qual ninguém (nem mesmo quem detém esta dignidade) poderá violar.

Ademais, frequentemente, a dignidade se projeta em situações de conflitos entre direitos. Em tais casos a interpretação da norma deverá reconhecer a prioridade de cada indivíduo. Sobre esses casos Daniel Sarmiento assevera:

No caso de colisões de direitos fundamentais- e isto é importantíssimo para os nossos fins- a dignidade da pessoa humana deve operar como um norte substantivo para a atuação do intérprete, balizando e condicionando as ponderações de interesse empregadas para o seu equacionamento.¹¹

Ainda, o autor explica:

A dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.¹²

Essa atitude deve ser adotada porque a dignidade humana constitui um mínimo invulnerável, que todo ordenamento jurídico deve assegurar, tendo em vista que sua violação, mesmo que dirigida a uma pessoa determinada, significa atentar contra a dignidade de todos os indivíduos. Além disso, é fundamental ter em mente, principalmente em meio à grande diversidade cultural, religiosa e sexual em que vivemos, que respeitar a outra pessoa é reconhecer sua diferença e aceitar o seu direito de viver conforme sua maneira. Nas palavras de Carmem Lúcia Rocha:

Gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

¹¹ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do ‘hate speech’**. Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em 14 de março de 2018.

¹² Idem.

agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente igual.¹³

Nesse esteio, aceitar a diversidade corresponde promover, a cada um dos elementos socioculturais, a dignidade de enquadrá-los como fundamento a favor de seus partícipes, dando-lhes a oportunidade de lutar pelos seus direitos, sem o temor reverente da contrapartida da ferida em sua dignidade.

Dessa forma, justificando o acima exposto, o direito à liberdade de expressão, ou qualquer outro que atente contra o mínimo invulnerável de alguém, somente pode ser exercido regularmente se for capaz de preservar, em relação a terceiros, suas respectivas dignidades.

2.3 DEFINIÇÃO DE DISCURSO DE ÓDIO

Inicialmente, cumpre registrar que o termo *hate speech* (vocábulo usualmente empregado em inglês) é utilizado na presente pesquisa como sinônimo do termo discurso de ódio. Mas o que seria esse discurso de ódio? O discurso de ódio caracteriza-se como manifestações que tendem a denegrir, intimidar ou ofender membros de determinado grupo da sociedade (que possuem certas características tidas como diferentes e que compartilham semelhanças) em razão da sua cor, raça, sexo, nacionalidade, entre outros atributos, gerando violência, ódio racial, xenofobia, homofobia, antissemitismo ou qualquer outra forma de intolerância.¹⁴ Assim, o *hate speech* diz respeito às expressões que tratem negativamente assuntos de certos grupos sociais historicamente marginalizados, como os discursos nazistas, homofóbicos e racistas, ou seja, é ódio puro, não tem por base algum erro cometido pelo indivíduo.

O discurso de ódio é composto por dois aspectos básicos: a discriminação e a externalidade. Sobre a discriminação, Rosane Leal da Silva *et al.* a define: “é uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido)”¹⁵; além disso, gera desprezo à determinadas pessoas tidas como inferiores. A externalidade, por outro lado, seria a existência do discurso do ódio no plano fático, ou seja, a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o real. Só assim, presentes esses dois

¹³ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Direito de todos e para todos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 12.

¹⁴LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v.16, n. 3, p. 232.

¹⁵SILVA, Roseane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: Jurisprudência brasileira. **Revista Direito-GV**, São Paulo, v.7, n.2, jul/dez 2011, p.448

elementos, o discurso passaria a existir, alcançaria as pessoas desejadas e produziriam seus efeitos.¹⁶

Ainda, cumpre observar os ensinamentos de Winfried Brugger, que divide o discurso de ódio em duas ações: o insulto e a instigação. O insulto seria o ato dirigido diretamente à vítima do discurso por possuir uma característica tida como diferente. Já a instigação atinge outras pessoas (que não são vítimas do discurso), como por exemplo, um leitor de determinada manifestação intolerante. Nesse último caso, as pessoas são persuadidas a apoiarem esse discurso discriminatório.¹⁷

Destaque-se que o tema *hate speech* já é tratado claramente em diversos tratados internacionais, o que obrigam os Estados signatários a coibirem tal prática. É o que se extrai do art. 4º do Pacto Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial:

Art. 4º. Os Estados signatários condenam toda propaganda e todas as organizações que sejam baseadas em ideias ou teorias de superioridade de uma raça ou grupo de pessoas de uma cor ou origem étnica, ou que tentem justificar ou promover o ódio racial ou a discriminação de qualquer forma, e comprometem-se a, com a devida atenção aos princípios contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos direitos expressamente estabelecidos no art. 5º desta Convenção, adotar medidas positivas e imediatas destinadas a erradicar todos os atos de incitamento a discriminação, ou de discriminação desta espécie, dentre as quais:

a) Declarar como crime punível pela lei toda disseminação de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento[...]

Contudo, no Brasil, ainda não há uma legislação específica que trate do discurso de ódio. Ademais, verifica-se que o número de manifestações de ódio aumenta desenfreadamente, mormente porque a sociedade vive em uma constante dicotomia entre “certo” e “errado”, “justo” e “injusto”, o que torna o meio confuso e questionável.¹⁸ Ainda, Andressa Nichel *et al.* destaca e debate a presença do *hate speech* no contexto brasileiro ao afirmar:

Uma das razões que propulsiona o discurso de ódio são as diferenças de origem geográfica ou regional. Em um país de proporções continentais, como o Brasil, que abarca multiplicidade de culturas e expressões regionalistas, ficam evidenciadas as diferenças regionais, dentro do território

¹⁶Idem. p.447.

¹⁷BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e americano. **Revista de Direito Público**, v.15, n. 117, jan/mar 2007, p.124.

¹⁸BUSSO, Rodrigo Bueno. O controle social pelo discurso do ódio. **Revista Jus Navigandi**, 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19571/o-controle-social-pelo-discurso-do-odio>>. Acesso em 15 mar. 2018.

nacional. Essas diferenças se fundam na formação histórico-geográfica do Brasil, nas diversas nacionalidades que formaram sua colonização, características climáticas, formas de produção e da posição política assumida pelas regiões durante a história. No entanto, essas diferenças acabam por ensejar estereótipos das diversas identidades e expressões regionais brasileiras e tornam-se alvo de preconceito. As diferenças regionais e identitárias são, por vezes, utilizadas como deméritos de uma população, gerando certa hostilidade entre os pertencentes a diferentes regiões. Essa animosidade se externaliza, também, através da internet. Essa discussão se torna pertinente e toma vulto na atualidade, quando casos de discursos de ódio regional tornam-se conhecidos da sociedade civil e são condenados pela mídia.¹⁹

Por tudo aqui exposto, conclui-se que o *hate speech* objetiva impor e espalhar condutas anti-igualitárias, como também é responsável pela disseminação da intolerância e do ódio, prevalecendo não somente a aversão ao grupo estigmatizado, como também a permanência de relações de poder hierarquicamente formadas, sendo, dessa forma, imprescindível combatê-lo, sob pena de legitimarem-se graves violações aos direitos essenciais das vítimas.

2.4 A DISCUSSÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO, O DISCURSO DE ÓDIO E A TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA

A liberdade de expressão, direito especialmente fundamental, garante a autonomia do indivíduo, e sua consequente dignidade, ao passo que para desenvolver uma vida digna são imprescindíveis a liberdade de escolha e a expressão de suas convicções. Neste sentido, o Estado não poderia se colocar no lugar do indivíduo e decidir o que cada um deve ou não ouvir, mesmo que se tratasse de ideias de ódio puro, pois, sendo assim, atingir-se-ia a autonomia individual tanto dos que possuem tais ideias, como da população em geral, que não teriam acesso a elas. Contudo, a capacidade de autorrealização, além do desenvolvimento da personalidade depende da autoestima, como bem explica Daniel Sarmiento:

Não obstante, esta perda do ponto de vista da autonomia individual deve ser cotejada com o ganho de que se obtém em relação a este mesmo valor, no que concerne não só a autonomia e a auto-realização dos indivíduos que seriam os alvos de manifestações de ódio, preconceito e intolerância, como também dos outros componentes da sociedade.²⁰

¹⁹NICHEL, Andressa *et al.* **O sistema judiciário e o tratamento conferido a discursos de ódio online.** 26º Jornada Acadêmica da UFSM, 2011. Disponível em:<<https://nudiufsm.files.wordpress.com/2011/03/resuerjdiscc3b3dio.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

²⁰SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do ‘hate speech’.** Disponível em:<<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>> Acesso em 15 mar. 2018.

Com efeito, é certo que a liberdade de expressão permite que as pessoas tenham opiniões distintas sobre certo assunto, promovendo o debate; contudo, o discurso de ódio abarca a forma como que essas pessoas expressam tais opiniões: se de maneira discriminatória, acaba por ferir a dignidade de grupos, que na maioria das vezes, já são estigmatizados socialmente. E dessa forma nasce o conflito entre liberdade de expressão e discurso de ódio, tendo por base a noção de dignidade humana.

Nesta perspectiva, o modo de exercício das liberdades civis deve ser visto sob o prisma de direitos preocupados com uma finalidade maior, ou seja, deve-se tutelar evidentemente os direitos humanos, de sua validade e de sua real eficácia em favor da dignidade humana. Tal antinomia dá origem à linha tênue existente entre liberdade de expressão e o seu abuso, tendente a comprometer a subsistência do núcleo duro dos direitos da personalidade.

O *hate speech*, por ser incitador e provocador, entra em rota de colisão com a dignidade humana de um grupo social, pois mesmo que dirigido a uma pessoa individualmente, atinge também quem possui a característica que ensejou a discriminação, não sendo possível, assim, quantificar quantas são as vítimas atingidas, é o que se conhece como vitimização difusa.²¹ Neste esteio, Meyer-Pflug considera que

A proteção ampla à dignidade humana impede que sejam levadas a efeito, nessas sociedades discriminações com fundamento na raça, sexo, nas crenças e na etnia. A discriminação e a desigualdade são incompatíveis com a dignidade da pessoa humana. Nesse particular o discurso de ódio agride a dignidade da pessoa humana e deve ser combatido.²²

Tal tema tem ensejado debates calorosos no espaço jurídico. De um lado, alguns defendem que a liberdade de expressão também deve garantir as manifestações de ideias que odiamos ou repugnamos, como os discursos de intolerâncias. Do outro, estão aqueles que defendem a limitação da liberdade de expressão quando atingem os direitos fundamentais das vítimas, tendo em vista que ideias discriminatórias em nada contribuem para um debate saudável.

Levando em consideração tal contexto, torna-se de extrema importância estabelecer um limite preciso em relação à liberdade de expressão, especificamente a partir do momento que se iniciam manifestações discriminatórias, por se revelar abusivamente exercida. O cuidado deve estar na verificação desse limite, bem como a partir de que momento se inicia o discurso de ódio, para que seja possível o confronto com a dignidade dos ofendidos. Isso

²¹SILVA, Roseane Leal da *et al.* Discursos de ódio em redes sociais: Jurisprudência brasileira. **Revista Direito-GV**, São Paulo, v.7, n.2, jul/dez 2011, p.449.

²²MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009,p 125.

porque, mesmo entendendo que a dignidade humana constitui uma limitação ao direito de se expressar, faz-se necessário analisar cada caso em suas peculiaridades, para então concluir qual preceito deve prevalecer. E é por isso que a análise do tema se faz tão importante.

2.4.1 O *hate speech* e a busca da verdade

A liberdade de expressão fundamenta juridicamente um espaço público de ideias, onde acontecem os debates entre opiniões opostas, na qual as melhores delas prevalecerão. Ou seja, o direito de se expressar possibilita a obtenção de respostas para questões que a sociedade enfrenta. O grande defensor de tal teoria foi o filósofo liberal John Stuart Mill, que em sua obra defende a liberdade de expressão como forma vital de atingir a verdade. O autor afirma, ainda, que não cabe ao governo suprimir ideias do espaço público, tendo em vista que a sociedade deve ter acesso a todas elas, mesmo que erradas.²³

Ademais, o referido filósofo acredita que não é possível dizermos com absoluta certeza qual ideia seja totalmente errada, dessa forma, não se poderia proibir nenhum ponto de vista, pois há grandes chances da ideia em questão possuir resquícios de algo verdadeiro. Contudo, para ele, mesmo que determinada ideia fosse totalmente errada, não se poderia proibir sua expressão, pois deveria ser garantida a possibilidade da sua desmistificação e assim, a prevalência da verdade. Dessa forma, pontos de vistas diferentes seriam fundamentais para o fortalecimento do confronto entre eles, permanecendo no meio social as ideias verdadeiras, promovendo o progresso da sociedade.²⁴

É certo que, em uma sociedade plural, a melhor maneira de se verificar a verdade é a fazendo aceita no mercado de ideias. O mercado de ideias, concepção dada pela Suprema Corte Norte-Americana no julgamento do caso *Abrahams vs. EUA*, é um espaço onde os indivíduos deliberam sobre assuntos de interesse geral, a partir de debates abertos e livres. Contudo, numa sociedade capitalista e desigual, a voz dos poderosos prevalece, calando os excluídos. Assim, o mercado de ideias não é a melhor forma de desenvolver um debate aberto e racional para escolha das melhores repostas.

Ainda, esse cenário de debate de ideias é uma situação ideal de discurso, tendo em vista que é uma idealização criada que não vemos acontecer efetivamente em nenhuma sociedade, pois para o debate saudável de posições é imprescindível o respeito entre os

²³MILL, John Stuart. “**On Liberty**”. In: *American State Papers, Federalist*. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc, 1978, p. 267.

²⁴Idem.

debatedores, escutar a opinião contrária e até, rever a sua própria. Além disto, o sistema capitalista e os meios de comunicação contribuem para que não haja o acesso à verdade, fazendo com que a sociedade pense e aja de acordo com as suas vontades.

Há que se frisar, ainda, que o debate de ideais em relação às manifestações de ódio é inviável pela própria natureza do discurso, pois quem se vale dele “possui em si uma verdade inteiramente irredutível que domina a sua razão e provoca um furor colérico que impede qualquer tipo de diálogo.”²⁵ Assim, a formação de um preconceito envolve mais que um debate de ideais, neste sentido disserta MEYER-PFLUG:

Em razão da impossibilidade de se corrigir o preconceito, ele se apresenta mais perigoso no aspecto social, do que naquelas situações em que as pessoas levam em consideração um fato como verdadeiro, porque alguém as induziu a cometer tal equívoco. A divulgação dessa ideia falsa depende para sua propagação de que as pessoas contenham crenças ou sentimentos que confirmam essa ideia. É necessária uma identidade entre as ideias divulgadas e as crenças e valores cultivados por essas pessoas. Pode ser ainda que essas ideias sejam adotadas porque de alguma forma atendam a algum interesse individual, daí é que nasce o preconceito.²⁶

Na mesma senda, leciona Agnes Heller:

O preconceito, portanto, reduz as alternativas do indivíduo. Mas o próprio preconceito é, em maior ou menor medida, objeto da alternativa. Por mais difundido e universal que seja um preconceito, sempre depende de uma escolha relativamente livre o fato de que alguém se aproprie ou ao dele. Cada um é responsável por seus preconceitos. A decisão em favor do preconceito é, ao mesmo tempo, a escolha do caminho fácil no lugar do difícil, o “descontrole” do particular-individual, a fuga diante dos verdadeiros conflitos morais, tornando a firmeza algo supérfluo.²⁷

Assim, o ódio é criado com base em estereótipos formados em preconceitos construídos em ambientes antidemocráticos, surgidos em época em que não se falava em dignidade humana, apenas garantia-se a liberdade de expressão, direito tipicamente liberal. Portanto, o argumento da busca de uma verdade em relação ao *hate speech* cai por terra, porque tal prática configura-se muito mais como um ataque do que com um debate de ouvir e refletir sobre o assunto. Isso acontece porque diante de uma manifestação de intolerância e preconceito já enraizado, a vítima revida com a mesma violência, ou sai da discussão com

²⁵CARCARÁ, Thiago Anastácio; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Discurso de ódio e democracia: participação das minorias na busca pela tolerância.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e04c14a66e1b2746>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

²⁶MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009., p.104.

²⁷HELLER, Agnes. **O cotidiano e a história.** Tradução Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p.85.

medo e humilhada, ou seja, nenhum dos comportamentos contribui para a “busca da verdade”.

²⁸Nessa senda, conclui Daniel Sarmento:

Portanto, não é só porque as ideias associadas ao hate speech são moralmente erradas que o Estado deve coibir esta forma de discurso. O fato de uma ideia ser considerada errada não é base suficiente para a sua supressão da arena de discussão. Este é o pilar fundamental da liberdade de expressão, que não deve ser ameaçado. Mais relevante do que o erro é a constatação de que as expressões de ódio, intolerância e preconceito manifestadas na esfera pública não só não contribuem para um debate racional, como comprometem a própria continuidade da discussão. Portanto, a busca da verdade e do conhecimento não justifica a proteção ao hate speech, mas, pelo contrário, recomenda a sua proibição.²⁹

Diante desse contexto apresentado, a construção de um espaço público de ideias, com total liberdade de expressão para tanto, não legitima o *hate speech*, pois seu discurso busca apenas negar a dignidade das pessoas e propagar a inferioridade, comprometendo a existência do próprio debate.

2.4.2 O *hate speech* e o processo democrático

A democracia não só se sedimenta na participação dos indivíduos nas eleições, mas também na participação administrativa, ou seja, no debate que formará a vontade pública, e por isso é tão fundamental a exposição das próprias ideias e opiniões. Sobre o tema, explicou Habermas:

No público das pessoas privadas pensantes se desenvolve o que em Kant se chama de “concordância pública”; em Hegel, de “opinião pública”; nela encontra a sua expressão “a universalidade empírica dos pontos de vista e dos pensamentos muitos”. À primeira vista, Hegel parece definir essa grandeza só em nuances diversamente de Kant: “A liberdade formal, subjetiva, que os indivíduos enquanto tais têm e expressam em seus próprios juízos, opiniões e conselhos, encontra a sua manifestação no contexto do que se chama de opinião pública”.³⁰

Dessa forma, é nítida a importância da liberdade de expressão em um regime que pretenda ser democrático, isso porque ela possibilita a formação da vontade coletiva a partir do confronto livre de ideias, e só assim há o acesso às informações sobre os mais diversos

²⁸SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do ‘hate speech’**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>> Acesso em 15 mar. 2018.

²⁹Idem.

³⁰HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 141

temas, o que viabiliza o exercício da cidadania. Contudo, o que se percebe é que nem todos os grupos ou cidadãos participam desse processo.

O *hate speech*, ao propagar discursos preconceituosos, nega a igualdade entre as pessoas e produz nas suas vítimas a violência, como forma de defesa, ou o silêncio. No caso do revide violento há abalo na paz social e ordem pública, podendo, inclusive, dar ensejo a uma verdadeira guerra no meio social. Já o silêncio oprimido gera nas vítimas um sentimento de desamparo por parte do Estado, o que as fazem abandonar o espaço público. Nesse caso perde tanto a vítima, que é privada da sua cidadania, como a população em geral, que deixam de ter acesso a opiniões relevantes, de extrema relevância para um debate plural.³¹ Podemos perceber, então, que a verdadeira democracia só se realiza com a participação dos grupos socialmente excluídos.

Destaca-se que tais grupos já obtiveram muitas conquistas ao longo do tempo, como a conquista do voto, que se baseia justamente no reconhecimento da igualdade entre todas as pessoas. E é justamente essa igualdade que o *hate speech* fere ao legitimar a discriminação e a inferioridade. Sobre o tema, Daniel Sarmiento afirma:

Parece-nos que em contextos culturalmente heterogêneos, a necessidade de recíproco reconhecimento da igualdade entre os participantes da esfera pública é ainda maior. Este reconhecimento reduz os riscos de atritos insuperáveis- que podem inviabilizar a democracia- e define um mínimo terreno comum no qual é possível tentar equacionar divergências de uma forma que possa ser aceita por todos.³²

Assim, torna-se necessário o reconhecimento de igual dignidade a todos, pois sem ela a possibilidade de entendimento é fracassada, não sendo possível a construção de verdadeiros diálogos, que atuem como legitimação do processo democrático. Assim, da mesma forma que a democracia pressupõe a liberdade de expressão, também exige a igualdade.

Contudo, estamos longe de alcançarmos essa igualdade. As ideias dos grupos vitimizados não obtêm na sociedade adesões, o que leva muitas pessoas a desvalorizar, muitas vezes de forma inconsciente, o debate promovido por indivíduos desses grupos. Dessa forma, predomina no cenário contemporâneo o individualismo democrático que se configura simplesmente pelo ódio a igualdade.

Assim, numa sociedade democrática a liberdade de expressão é fundamental, mas igualmente é o valor da igualdade. Nesse sentido, Thiago Anastácio disserta sobre a dificuldade encontrada em tal conflito:

³¹SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do ‘hate speech’**. Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2018.

³²Idem.

A democracia hodierna se mostra num primeiro momento incapaz de solucionar os problemas emergentes da própria sociedade. A idéia de saber conviver com as diferenças não parece ser entendida como democrática. A condição humana que se apresenta na sociedade é evidentemente incompatível com a idéia de viver em comunidade, conviver com indivíduos diferentes. A particularidade de uma classe social quer se sobrepuser a idéia de democracia, a homogeneização dos grupos e das classes sociais.³³

Nesse sentido, uma coletividade que tenha entre seus objetivos a democracia deve proibir a intolerância ou exclusão de toda sorte, sob pena de comprometer o pilar do próprio sistema democrático, a igualdade.

³³CARCARÁ, Thiago Anastácio; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Discurso de ódio e democracia: participação das minorias na busca pela tolerância.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e04c14a66e1b2746>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

3. O *HATE SPEECH* NA EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO E NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo, será analisada a ordem jurídica dos EUA e da Alemanha em relação ao discurso de ódio, tendo em vista serem os países com debates mais ricos e avançados sobre o tema. Assim, a partir de uma análise jurisprudencial, serão tratadas as respostas e argumentações dadas pelos referidos países ao conflito para que, posteriormente, seja possível analisar os reflexos de tais sistemas jurídicos internacionais na realidade brasileira.

3.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O atual entendimento jurisprudencial norte-americano em relação ao *hate speech* encontra substrato na ideia da liberdade negativa. A concepção negativa de liberdade defende que “um indivíduo só é livre na medida em que nenhum outro homem, ou grupo, interfira em suas atividades”³⁴, ou seja, sustenta a ampla proteção dada à liberdade de expressão. Justifica-se tal proteção pelo esforço despendido para que as ex-colônias inglesas concordassem em adotar uma única Constituição sem que com isso perdessem a diversidade interna existente.

Dessa forma, à liberdade de expressão é o direito mais valorizado do país, sendo previsto na primeira emenda da Constituição Americana, de 1791: “o Congresso não pode editar nenhuma lei [...] limitando a liberdade de expressão ou de imprensa”³⁵. O *Justice* Hugo Black defende que tal previsão deve ser interpretada literalmente e ainda, entendida como absoluta:

Sem exceção, sem nenhum ‘se’, ‘mas’, ou ‘enquanto’, a liberdade de expressão significa que o governo não pode fazer qualquer coisa com pessoas ou, nas palavras da Magna Carta, agir contra pessoas seja pelas ideias que tenham ou pelas que expressem, ou pelas palavras que escrevam ou falem [...] Eu simplesmente acredito que ‘Congresso não pode editar nenhuma lei’ significa que o Congresso não pode editar nenhuma lei”³⁶

Nesta linha, a jurisprudência nos Estados Unidos tornou-se firme em proteger qualquer tipo de discurso, inclusive os odiosos. Esta posição pode ter várias explicações. Primeiramente, no país, a compreensão consolidada da existência de um mercado de ideais defende que não cabe ao Estado (juízes e jurados) determinar qual ideia é verdadeira, pois

³⁴PEREIRA, Lucas. **Os dois conceitos de liberdade em Isaiah Berlin**. Disponível em: <https://medium.com/@lucaspereira_93691/os-dois-conceitos-de-liberdade-em-isaiah-berlin-78decff7b33f>. Acesso em: 02 abr. 2018.

³⁵ESTADOS UNIDOS. **Primeira Emenda Constitucional**. Washington, DC, 1791.

³⁶BLACK, Hugo LaFayette. **Constitutional Faith**. New York:Knopf, 1969, p.45.

apenas um debate livre a desvendaria, cabendo ao Estado adotar uma postura neutra. Ainda, pode-se destacar a valorização dada à liberdade no país frente a outros valores, como a igualdade, em razão da própria cultura e da tradição norte-americana. Pode-se citar também a predominância da visão de que os particulares não estão obrigados a respeitar os direitos constitucionais, e dessa forma, apenas o Estado não poderia ter comportamentos discriminatórios. Todos esses fatores contribuíram para a formação de uma cultura individualista, na qual as pessoas podem falar o que bem entendem e, ao mesmo tempo, devem suportar as agressões dirigidas contra elas. Nesse sentido, Meyer-Pflug aduz: “o discurso do ódio encontra-se no mundo das ideias e se utiliza de expressões que muitas vezes podem ser consideradas provocadoras, incitadoras e que intimidam o grupo social ao qual se destinam, mas ainda assim são só palavras”.³⁷

A Suprema Corte Americana leva em consideração tal premissa em seus julgados, ou seja, faz uma distinção entre a expressão de uma ideia e a ação dela decorrente, não punindo o discurso por si só, mas somente se dele advir alguma ação ilegal que gere danos a terceiros. Sobre o assunto, discorre João dos Passos Martins:

No curto prazo, a expressão do pensamento tem, em geral, um potencial de risco menor em comparação com os atos não comunicativos. É mais perigoso o disparo de uma arma de fogo contra um desafeto do que a manifestação verbal do sentimento de inimizade [...] Por isso, ações violentas são mais problemáticas do que ideias, ainda quando estas exprimam possíveis inconsistências ou hostilidades.³⁸

Tal questão foi tratada no caso emblemático conhecido como *Brandenburg v. Ohio*, de 1969. No caso, a Suprema Corte norte-americana anulou a condenação de um líder da KuKluxKlan que proferiu palavras de supremacia da raça ariana em rede televisiva, atingindo diretamente negros e judeus. Na decisão de absolvição, que não adentrou a questão do racismo, a Corte considerou que se tratava de uma defesa abstrata de ideias, que não poderia prevalecer em relação ao direito à liberdade de expressão, pois não se observou violência intencional na conduta.

Outro caso polêmico ocorreu em 1977, quando a Corte norte-americana absolveu o Partido Nazista, que promovera uma passeata de militares que seguravam bandeiras com suásticas em um bairro onde viviam judeus sobreviventes do holocausto.

³⁷MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.132.

³⁸NETO, João dos Passos Martins. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008, p.94.

Podemos perceber com tais casos que a posição adotada pelo judiciário norte-americano em relação às restrições ao *hate speech* tende a ser a mesma. Sobre o assunto, disserta Daniel Sarmento:

Nem a difusão das posições racistas e hediondas pode ser proibida ou penalizada. Isto porque, entende-se que o Estado deve adotar uma postura de absoluta neutralidade em relação às diferentes ideias presentes na sociedade, ainda que considere algumas delas abjetas, desprezíveis ou perigosas. As concepções defendidas por Hitler ou pela KuKluxKlan têm de receber a mesma proteção do Poder Público do que as manifestações em favor dos direitos humanos e da igualdade. Como exceção, admitir-se-iam apenas restrições às manifestações que, pela sua natureza, pudessem provocar uma imediata reação violenta.³⁹

Entretanto, em um caso mais recente que tratou do *hate speech*, decidido em 2003, o judiciário norte-americano absolveu três pessoas ao considerar constitucional uma lei que penalizava a queima de cruzes (o ato representa uma manifestação de ódio no país). A atitude da queima foi vista como forma de intimidação e assim, a Corte decidiu que os atos de ameaça eram passíveis de repressão, pois não se tratava apenas de um discurso violento empregado contra um grupo de pessoas.

Podemos concluir que o que assusta nas decisões norte-americanas é o fato de não abordarem questões como a igualdade racial, o preconceito e tantos outros temas que poderiam ter sido debatidos. A jurisprudência altamente libertária indica a ampla proteção ao discurso de ódio nos Estados Unidos, que apenas encontra limite caso a manifestação ideológica seja capaz de produzir danos concretos. Ou seja, o discurso apenas deve ser proibido quando ameace concretamente pessoas.

Mas tal posição não é consensual na sociedade norte-americana, principalmente se levarmos em conta as sérias consequências geradas pelo discurso. Nas palavras de Daniel Sarmento “a ampla proteção ao hate speech nos Estados Unidos tornou o país a sede da maior parte dos sites racistas existentes no mundo, que, no espaço sem fronteiras da Internet, alimentam o preconceito e a intolerância contra minorias em todo o planeta”.⁴⁰ Dessa forma, ao gerar o aumento do preconceito a nível global, pode-se perceber o efeito nefasto causado pela ampla proteção conferida à liberdade de expressão no Direito Constitucional Americano.

³⁹SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2018.

⁴⁰Idem.

3.2 ALEMANHA

A construção do entendimento jurisprudencial alemão sobre a importância dada à liberdade de expressão passa pelo contexto da ditadura socialista de Hitler, que deixou sérias marcas na população do país. Logo após a Segunda Guerra Mundial e a derrota do nazismo, a Constituição Alemã de 1949, já em seu artigo primeiro, buscou proteger a inviolabilidade da dignidade humana, ao prever que “a dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todas as autoridades estatais. O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana”.⁴¹ Podemos observar, dessa forma, que no sistema jurídico alemão é a dignidade humana, e não a liberdade de expressão, o valor constitucional máximo e supremo.

O caso mais emblemático na Corte Alemã envolvendo o *hate speech* ocorreu em 1994, com a pretensa organização de um evento onde se discutiria a tese de que o holocausto não teria ocorrido, tratando-se apenas de invenção do povo judeu. A Corte reconheceu que tal evento promoveria a discriminação contra o povo judeu, sendo necessária, assim, a restrição à liberdade de expressão no caso. Sobre o acontecimento, Daniel Sarmento explica:

Entendeu a Corte que a negação do Holocausto não era uma manifestação de opinião, mas a afirmação de um fato, e que as afirmações inverídicas sobre fatos, por não contribuírem em nada para a formação da opinião pública, não são constitucionalmente protegidas pela liberdade de expressão. No julgamento, o Tribunal ainda destacou que a singularidade do Holocausto o teria convertido em elemento constitutivo da própria identidade do cidadão de origem judaica, que se reflete na sua relação com a sociedade alemã.⁴²

Contudo, em outro caso julgado também em 1994, a Corte adotou posição diferente. Foi discutida a constitucionalidade da inclusão de um livro chamado “Verdade para a Alemanha: a questão da culpa sobre a 2ª Guerra Mundial” em uma lista que o considerava perigoso e, assim, restrita era sua venda. Tal livro defendia que a culpa da segunda guerra ter ocorrido não tinha sido alemã, contudo não negava a existência do holocausto. Neste julgado, o entendimento germânico foi no sentido de que a expressão da opinião não poderia ser violada, tendo em vista que o livro não trazia fatos inverídicos, apenas ideias defendidas pelo autor. Assim, podemos constatar que a visão germânica reconhece que a liberdade de

⁴¹ALEMANHA. Constituição (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 16 de março de 2018.

⁴²SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do ‘hate speech’**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2018.

expressão é fundamental na construção da ordem democrática, tendo em vista que possibilita a expressão de opinião sobre temas que possuam relevância pública.

Ademais, cumpre destacar que o Direito alemão possui instrumentos para combater a prática do discurso de ódio; dentre eles, dois dispositivos no Código Penal Alemão (artigos 185 e 130) que criminalizam o insulto, a incitação ao ódio e ainda a afronta à dignidade humana; a penalização para quem negue ou aprove o Holocausto e participe de organizações nazistas; a permissão para que as autoridades dissolvam imediatamente reuniões que pratiquem o *hate speech*; a criação de uma lista de livros que tem sua venda restrita por incitar o ódio e, ainda, a proibição de programas que estimulem a discriminação e intolerância.

Vê-se, portanto, que o modelo alemão repugna o discurso de ódio, mas não deixa de lado a proteção à liberdade de expressão, sobretudo quando se trata de questões que envolvem o interesse público. Por outro lado, há forte proteção a dignidade das minorias, em razão do trauma do nazismo e da cultura humanitária instalada, que não permite que a Alemanha veja o *hate speech* apenas como um discurso político.

Ainda, a importância do sistema alemão é múltipla. Foi o pensamento alemão que desenvolveu a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ao consagrar que a liberdade de expressão também se irradia nas relações entre particulares. Além disso, defendeu a necessidade de ponderação no caso de conflito entre direitos fundamentais, na qual deveria ser aplicado o princípio da proporcionalidade. Sobre o princípio, Winfried Brugger esclarece:

A Corte Constitucional alemã transformou essas análises funcionais em dois preceitos doutrinários a serem seguidos em todos os casos de liberdade de expressão. Em primeiro lugar, aplicando o princípio da proporcionalidade, leis promovendo interesses públicos ordinários podem não justificar a interferência na liberdade de expressão — ao contrário, tal interferência deve ser justificada por um interesse público relevante que não seja possível atingir por um outro meio menos intrusivo, e isso é particularmente verdade quando a proibição é baseada em pontos de vista. Em segundo lugar, ao examinar se o conteúdo de uma mensagem justifica que ela seja restringida, os tribunais não podem escolher a interpretação punitiva da mensagem se existir uma interpretação alternativa razoável.⁴³

Assim, na cultura jurídica alemã, na existência de colisão entre direitos, a metodologia usada é sempre a ponderação de interesses, em cujo centro encontra-se o princípio da dignidade humana, para que não haja o risco de surgir um novo movimento nutrido pelo ódio.

⁴³ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso de Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. **Revista de Direito Público**, Brasília, DF, n.15, jan/mar. 2007, p. 124.

3.3 O DISCURSO DE ÓDIO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A Constituição Brasileira de 1988 tem um compromisso com a luta contra o preconceito. Tal compromisso fica claro quando prevê entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade igualitária (art. 3º, I), além da promoção do bem geral, sem preconceitos de raça, sexo, idade, cor e qualquer outra forma de discriminação (art. 3º, IV). Assim, o constituinte buscou compelir o Estado para que promovesse a proteção a qualquer tipo de intolerância. Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro não trata especificamente sobre o *hate speech*. Sobre o assunto, Meyer-Pflug considera:

O sistema constitucional brasileiro protege a liberdade de expressão, bem como a dignidade da pessoa humana e veda a prática do racismo. A maioria dos tratados que versam tanto sobre a proteção à liberdade de expressão, como a proibição de práticas discriminatórias e atentatórias aos direitos fundamentais, foi ratificada pelo Brasil. A Constituição de 1988, por sua vez, conferiu proteção especial aos direitos fundamentais, mas inexistente no ordenamento jurídico pátrio uma lei específica proibindo o discurso de ódio.⁴⁴

No Brasil vigora apenas a Lei nº 7.716/89 que versa sobre o tema, na medida em que define os crimes que são gerados pelo preconceito de raça e cor. O art. 20 da referida Lei determina:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

⁴⁴MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 198.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.⁴⁵

Assim, no Brasil, apenas há tipificação legal em relação a um tipo de discurso de ódio, aquele existente pelo viés discriminatório. Sobre tal limitação, Bruno de Oliveira Carreirão considera:

No Brasil a única ressalva feita pela Constituição à liberdade de expressão que pode ser relacionada ao discurso de ódio é a vedação ao racismo. A vedação ao racismo é regulamentada pela Lei nº 7.716/89, que tipifica diversas condutas consideradas racistas como crime. É interessante perceber que a lei não incrimina o preconceito racial por si só, mas sim as atitudes provenientes deste preconceito, como a de impedir o acesso de alguém a algum estabelecimento por conta da raça ou a incitação de ódio contra determinada raça. Deste modo, o sistema brasileiro se aproxima muito mais do sistema norte-americano, na medida em que não pune a ideia racista, mas suas consequências.⁴⁶

Quanto aos demais tipos de intolerância, o ordenamento é silente. Dessa forma, a incitação do ódio nas demais modalidades fica à mercê da interpretação dos tribunais brasileiros, contudo já reconheceu a Suprema Corte Brasileira:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o crime de racismo não se restringe aos atos preconceituosos em função de cor ou etnia, mas abrangem todo ato discriminatório praticado em função de raça, cor, etnia, religião ou procedência, conforme previsão literal do art. 20 da Lei n. 7.716/1989.(STF. 1ª Turma. RHC 134682/BA, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 29/11/2016)⁴⁷

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente sobre a condenação de líderes religiosos que propagem discursos de ódio público, configurando tal conduta como crime de racismo. No caso submetido a julgamento em seis de março de 2018, o STF negou pedido de trancamento de ação penal que condenou o pastor Tupirani Lores por incitar discriminação religiosa, ao afirmar em seu blog pessoal que os seguidores de outras religiões são “estuprados” por seguirem “caminhos de podridão”, além de utilizar expressões como “prostituta católica”, entre outras.⁴⁸ Assim, ficou decidido:

⁴⁵BRASIL. **Lei n. 7.716/89, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, 6 jan. 1989. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018.

⁴⁶ CARREIRÃO, Bruno de Oliveira. **A liberdade de expressão e o politicamente correto**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso- Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito. p. 56.

⁴⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RHC 134682/BA**. Impetrante: Jonas Abib. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 2016.

⁴⁸**A incitação de ódio público feita por líder religioso contra outras religiões pode configurar crime de racismo**. Disponível em:<<http://www.dizerodireito.com.br/2018/04/a-incitacao-de-odio-publico-feita-por.html>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

A incitação ao ódio público contra quaisquer denominações religiosas e seus seguidores não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

Assim, é possível que, a depender do caso concreto, um líder religioso seja condenado pelo crime de racismo (art. 20 da Lei nº. 7.716/81) por ter proferido discursos de ódio contra outras denominações religiosas e seus seguidores. (STF. 2ª Turma. RHC 146303/RJ, rel. Min. Edson Fachin, red para o AC. Min. Dias Toffoli, julgado em 6/3/2018.)⁴⁹

Contudo, a condenação de líderes religiosos por crime de racismo dependerá do caso em concreto. Isso porque o que será analisado serão as palavras proferidas e a intenção do líder religioso de atacar a dignidade daquele que não é seguidor da sua religião. Assim, não é qualquer crítica a outras denominações religiosas que configurará o crime de racismo. Nesse sentido, a Suprema Corte absolveu um líder religioso, em 2016, por entender pela inexistência de dolo na prática do proselitismo, isto é, a tentativa de convencer pessoas que sua religião é melhor do que as outras, desde que, para isso, não viole a dignidade das pessoas integrantes dessas outras religiões. Assim, o STF decidiu:

Pregar um discurso de que as religiões são desiguais e de que uma é inferior à outra não configura, por si, o elemento típico do art. 20 da Lei nº 7.716/89. Para haver o crime, seria indispensável que tivesse ficado demonstrado o especial fim de supressão ou redução da dignidade do diferente, elemento que confere sentido à discriminação que atua como verbo núcleo do tipo. (STF. 1ª Turma. RHC 134682/BA, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 29/11/2016).⁵⁰

Dessa forma, não há como deixar de reconhecer que casos que não encontrem substrato em dispositivos específicos, devem ter seu julgamento e aplicação de medidas balizadas pelo princípio da dignidade humana (art. 1º, III da CRFB/88), pela igualdade perante a lei (art. 5º, caput da CRFB/88), além da não submissão a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, também do texto constitucional).

Sob esta perspectiva, o sistema brasileiro diferencia-se do norte-americano. Isso porque no direito norte-americano é dado um protagonismo excessivo ao direito à liberdade de expressão, elastecendo, assim, ao máximo a proteção ao *hate speech*. No Brasil, ao contrário dos EUA, prevalece o entendimento de que o discurso que incite ódio não se inclui no âmbito de proteção à liberdade de expressão, não encontrando abrigo, assim, na ordem constitucional. Isso porque, o sistema brasileiro revela o caráter não absoluto do direito à

⁴⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RHC 146303/RJ**. Impetrante: Tupirani da Hora Lores. Relator: Min. Edson Fachin. Diário de Justiça, Brasília, DF, 2018.

⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RHC 134682/BA**. Impetrante: JONAS ABIB. Relator: Min. Edson Fachin. Diário de Justiça, Brasília, DF, 2016.

liberdade de expressão, levando em consideração que tal direito não pode servir de justificativa para o cometimento de graves ofensas à dignidade humana das vítimas.

Cumprе observar, ainda, que há um projeto de lei (nº 7582/2014) em tramitação na Câmara dos Deputados, de autoria da deputada Maria do Rosário, do PT do Rio Grande do Sul, que define e criminaliza os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e *caput* do art. 5º da CRFB/88. Pela proposta, quem agredir, matar ou violar a integridade de alguém em razão de algum tipo de preconceito será condenado por crime de ódio e terá a pena do crime principal aumentada de um sexto até metade. O projeto aguarda parecer do relator na Comissão de Direitos Humanos e Minorias para ir a plenário.

3.4 ESTUDO DE CASOS NO BRASIL

O número de julgados que versam sobre o discurso de ódio no país não é expressivo, tendo em vista que muitas vezes o preconceito se manifesta de modo implícito ou, ainda, revestido de humor. Importa ter em conta, ainda, a importância da formação de um microsistema de precedentes para segurança jurídica brasileira no tocante ao assunto, tendo em vista que as decisões delimitam o tratamento do *hate speech* no direito brasileiro.

3.4.1 O caso Ellwagner

Ellwagner Casten fundou a editora Revisão Editora e Livraria LTDA. Entre seus livros publicados, que possuíam caráter antissemita e que negavam a ocorrência do Holocausto, estão: “Holocausto: judeu ou alemão?”, de sua autoria; “Hitler: culpado ou inocente?”, de Sérgio de Oliveira; “O plano judaico de dominação mundial”, de Gustavo Barroso, dentre outros. Pela publicação de tais obras, Ellwagner foi acusado pelo crime de racismo contra o povo judeu, com base no art. 20 da Lei nº 7.716/89.

O acusado foi absolvido pelo juízo de primeiro grau, sob o argumento de que as obras eram protegidas pelo manto da liberdade de expressão, pois apenas possuía teor histórico. O Ministério Público não recorreu da sentença, pois entendia pela absolvição. Contudo, os assistentes de acusação interpuseram recurso. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou Ellwagner pelo crime de racismo, com pena de dois anos de reclusão. Logo após, foi indeferido *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. Assim, foi impetrado novo

habeas corpus (HC 82.424/RS) perante o Supremo Tribunal Federal, com as seguintes alegações:

Embora condenado o ora paciente pelo crime tipificado no art. 20 da Lei nº 7.716/89, foi ele condenado pelo delito de discriminação contra os judeus, delito esse que não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo art. 5º XLII, da Constituição (a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão) ficou restrito ao crime de racismo.⁵¹

Portanto, o *habeas corpus* sustentava que o conceito de racismo não abrangia o povo judeu, sendo as raças humanas apenas a negroide, caucasiana e amarela. Ou seja, tal povo não constituía uma delas e sendo assim, o crime de discriminação contra judeus não seria imprescritível. O julgamento, que durou cerca de um ano, iniciou-se em 12 de dezembro de 2002 e só foi concluído em 2003. Ainda, onze ministros votaram, três no sentido de deferir o HC e oito no sentido de indeferi-lo.

Inicialmente, a discussão em torno do tema se restringiu ao aspecto racial. O Ministro Moreira Alves, que foi o relator do processo, entendeu que o caso não configurava racismo, votando, assim, pelo deferimento do remédio constitucional, para declarar extinta a punibilidade do paciente. Contudo, o Ministro Maurício Corrêa, que foi o primeiro a votar depois do relator, dele discordou. O Ministro baseou seu voto na limitação que a própria Constituição estabelece à liberdade de expressão, observando, ainda, que no caso de conflitos entre direitos essenciais seria necessário preponderar os direitos de toda a população atingida pela publicação das obras.

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello votou contrário à concessão do *habeas corpus* por entender que a questão tratava-se realmente de racismo e sendo assim, fundamental era seu combate. Outrossim, sobre o assunto, expôs:

É que as publicações – como as de que trata esta impetração- que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário de insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e, ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal. Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de expressão, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos.⁵²

Cabe ainda registrar o voto do Ministro Gilmar Mendes, que entendeu que a condenação de Ellwagner fora constitucional, pois as obras publicadas não tinham caráter

⁵¹ Relatório do Min. Moreira Alves. HC 82.424/RS. P. 528.

⁵² Voto do Ministro Celso de Mello. HC 82.424/RS p. 628.

histórico e sim de divulgação de ideias que estimulam a discriminação e violência contra o povo judeu. Foi o primeiro que tocou expressamente no tema do discurso de ódio ao fazer uma relação entre o racismo e a liberdade de expressão, concluindo que tal discurso compromete a própria ideia de igualdade, ao atentar contra a dignidade dos judeus. Por fim, utilizando o princípio da proporcionalidade, defendeu que a liberdade de expressão não pode se sobrepor a valores fundamentais, como o da igualdade e da dignidade humana.

Em contrapartida, quanto aos que votaram a favor do *habeas corpus*, cabe destacar os votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio Mello.

O Ministro Carlos Ayres Britto entendeu que o direito à liberdade de expressão é quase absoluto, apenas devendo ser limitado quando observado abusos. Contudo, em relação a tais abusos, explica que o art. 5º, VIII da CRFB/88 estabelece três hipóteses de excludentes dessa abusividade, estando dentre elas o campo da convicção política. Assim, defende que as obras do paciente estão protegidas pela Constituição por fazerem parte de tal campo, pois só promovem o debate e revisionismo histórico, não havendo nelas apologia à guerra. Dessa forma, pelo exposto, concluiu que não há conduta penalmente típica, apenas exposições de ideias políticas-ideológicas, que devem ser protegidas pelo manto da liberdade de expressão.

O Ministro Marco Aurélio Mello julgou legítima a conduta do paciente, pois defendeu que todas as opiniões devem ser respeitadas e protegidas, mesmo que a ideia cause repúdio a muitas pessoas. Nessa senda, discorreu que:

Não se pode, em regra, limitar conteúdos, eis que isso sempre ocorrerá a partir dos olhos da maioria e da ideologia predominante. A censura de conteúdo sempre foi a arma mais forte utilizada por regimes totalitários, a fim de impedir a propagação de ideias que lhes são contrárias. A única restrição possível à liberdade de expressão é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido. Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas ideias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuisse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo “morte aos judeus”, “vamos expulsar estes judeus do país”, “peguem as armas e vamos exterminá-los”. Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão histórica vista com os próprios olhos.⁵³

Ainda, defendeu que havia um risco mínimo de aumento do preconceito ao povo judeu no Brasil com a publicação das obras, tendo em vista que no país não existia um ambiente cultural de repulsa a esse povo (diferentemente do que ocorre com o negro, por exemplo). Assim, por considerar que a divulgação das ideias de Ellwagner não ofendeu a dignidade do povo judeu, votou pelo deferimento do *habeas corpus*. Contudo, seu raciocínio provém de

⁵³ Voto do Ministro Marco Aurélio. HC 82.424/RS. p. 883.

uma premissa duvidosa, isso porque não há como afirmar que não existe no Brasil o sentimento antissemita e ainda, que não há efeitos nas manifestações dirigidas contra esse povo, pois o racismo, por si só, já ofende os direitos essenciais de suas vítimas.

Ante a análise da maioria dos votos, pode-se concluir que boa parte dos ministros entendeu que há um conflito entre liberdade de expressão e dignidade humana, diferindo somente em relação a qual valor deve preponderar no caso concreto. Os Ministros que votaram pelo deferimento do *habeas corpus* defenderam que a manifestação de ideais não deve ser reprimida, tendo em vista a construção de uma sociedade plural e democrática. Ainda, concluíram que a publicação das obras não viola a dignidade do povo judeu, por trata-se de obras de cunho histórico, não configurando, assim, nenhuma conduta criminosa. Os Ministros que votaram pelo indeferimento do *habeas corpus* entenderam que no conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade humana, essa deve prevalecer, vez que trata de valor supremo de todo ordenamento jurídico.

Ao final do julgamento, por oito votos a três, o STF decidiu pelo indeferimento do remédio constitucional e entendeu que a liberdade de expressão não é garantia absoluta, não podendo servir de proteção para ideias preconceituosas, que incitem o ódio e violência. Sobre esse ponto, ficou ementado:

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, parágrafo 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os crimes contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.⁵⁴

Já em relação ao conceito de raça, a Suprema Corte decidiu que o paciente praticou o crime de racismo, ao publicar as obras pela sua Editora, sujeitando-se, assim, à cláusula de imprescritibilidade. Nesse sentido ficou ementado:

Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei nº 7716/89, art. 20) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade(CF, art. 5º, XLII).⁵⁵

⁵⁴ Ementa do HC 82.424/RS. p.525 e 526

⁵⁵ Ementa do HC 82.424/RS. p.524

Enfim, a decisão do caso Ellwagner, contrária a proteção ao *hate speech*, é louvável e torna-se paradigma em relação a outras decisões sobre o tema, tendo o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o presente caso, fixado seu precedente mais relevante quanto à temática. O posicionamento do Brasil reflete uma cultura humanista cada vez mais crescente no país. Ademais, cumpre ressaltar que é necessário especial cuidado na limitação da liberdade de expressão.

3.4.2 O caso Unidos do Viradouro

Outro caso que merece destaque em relação à temática tratada no presente trabalho ocorreu no Carnaval do Rio de Janeiro, em 2008. A escola de samba Unidos da Viradouro, com o enredo “É de arrepiar e alas de guilhotina, fogueira, forca e cadeira elétrica”, pretendia apresentar no desfile um carro alegórico que trazia uma pilha de corpos nus, fazendo referência aos judeus mortos na Segunda Guerra Mundial, além de ostentar um destaque fantasiado de Hitler. Contudo, a exibição do carro foi proibida em razão da ação judicial promovida pela Federação Israelita do Rio de Janeiro no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O presidente da Federação ajuizou a ação por considerar a ideia inadequada. Sobre o assunto, disse:

A federação soube do carro pela imprensa e tentava uma solução educativa com a escola, como a colocação de uma faixa ou uma placa com os dizeres “Holocausto nunca mais” para contextualizar o carro, para que não ficasse gratuito no meio do desfile. Mas ao saber que teria um sambista representando Hitler, a federação considerou isso um vilipêndio, uma falta de respeito não só com os judeus, mas também homossexuais, ciganos e todos os outros segmentos da sociedade que foram perseguidos pelos nazistas”.⁵⁶

Na liminar concedida, a magistrada determinou que caso a escola desfilasse com o carro, fosse imposta uma multa de R\$ 200 mil e de R\$ 50 mil para cada componente que se vestisse com roupas que fizesse alusão ao ditador nazista. A juíza considerou que o carnaval não é o local adequado para discutir as tragédias acontecidas naquele período e cultivar o ódio.

⁵⁶**Liminar proíbe viradouro de desfilar com carro do holocausto.** Disponível em: <http://g1.globo.com/Carnaval2008/LIMINAR+PROIBE+VIRADOURO+DE+DESFILAR+COM+CARRO+DO+HOLOCAUSTO.html>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

A escola, entretanto, alegou que sua intenção era de mostrar a realidade histórica do acontecimento e não a de banalizar a memória dos judeus mortos. Em protesto à decisão, no lugar do carro, os membros da escola desfilaram com mordanças.

Com tal decisão pode-se perceber que não há critérios claros quanto à temática do *hate speech* no Brasil, no tocante à motivação do agente de promover a intolerância. Isso porque o desfile do carro alegórico da escola de samba Unidos do Viradouro não tinha intenção de banalizar a história dos judeus mortos na Segunda Guerra Mundial ou ainda, fazer apologia ao nazismo. O que se pretendia era, por meio do relato de fatos históricos, homenagear a comunidade judaica ao divulgar os acontecimentos daquele período.

3.4.3O caso Levy Fidelix

O Tribunal de Justiça de São Paulo condenou o candidato à Presidência do Brasil, Levy Fidelix da Cruz, ao pagamento de R\$ 1 milhão de indenização por danos morais a movimentos LGBTs. Isso porque, ao responder uma pergunta sobre famílias formadas por homossexuais, feita pela candidata Luciana Genro, do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), durante um debate das Eleições de 2014, o candidato utilizou expressões como “dois iguais não fazem filho” e que “aparelho excretor não reproduz”. Ainda, afirmou que os homossexuais deveriam receber assistência psicológica e afetiva, mas ‘bem longe da gente’”.⁵⁷

Na decisão, a juíza Flavia Poyares Miranda concluiu que o candidato, ao responder as perguntas, ultrapassou os limites da liberdade de expressão, pois proferiu um discurso de ódio, ao pregar a segregação do grupo LGBT. A defesa de Levy, contudo, alegou que não se tratava de incitação ao ódio e sim da manifestação do pensamento do candidato. Ocorre que, a incitação à violência contra integrantes da comunidade LGBT não deve ser visto como liberdade de expressão, pois o principal objetivo da manifestação de tais ofensas é propagar a segregação e intolerância, violando os direitos essenciais dessa população.

Mediante a análise de tais casos, a lição que fica é que os discursos de ódio não cabem mais na democracia, pois a sociedade não mais os entende como liberdade de expressão. Contudo, é necessário haver cautela na limitação dessa garantia, pois os parâmetros estabelecidos na decisão do caso Ellwagner– considerando-se a importância desse precedente no sistema jurídico brasileiro– mostram-se relativos e subjetivos.

⁵⁷**Justiça condena LevyFidelix por declarações sobre homossexuais.** Disponível em:<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/03/justica-condena-levy-fidelix-por-declaracoes-sobre-homossexuais.html>> . Acesso em 25 mar. 2018.

4. A PROTEÇÃO AO *HATE SPEECH* E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE REPARAÇÃO DE DANOS

Neste capítulo, mostrar-se-á que as opiniões e palavras que incitam ódio, decorrentes do exercício abusivo da liberdade de expressão, violam direitos e, assim, geram danos graves às suas vítimas. Decorre, então, a importância da aplicação das normas jurídicas que garantem o exercício e a proteção dos direitos da personalidade.

Contudo, deve-se ter cautela na limitação do direito à liberdade de expressão, sendo imprescindível, para isso, encontrar uma solução conciliatória. É preferível, no presente estudo, que esse caminho seja representado pela técnica de ponderação de valores, pormenorizadamente desenvolvida por Robert Alexy, que busca pelo princípio da proporcionalidade, promover a harmonização entre a liberdade de expressão e a preservação de outros direitos que tocam o núcleo duro da dignidade humana.

4.1 OS DANOS ÀS VÍTIMAS

As manifestações de ódio e intolerância provocam uma série de danos nas suas vítimas. O preconceito verbalizado pode desencadear angústia, vergonha, revolta e ainda, crises de identidade. Isso porque tais ataques são dirigidos, na maioria das vezes, contra grupos já estigmatizados, que já possuem problemas de autoestima. E sabe-se que a autoestima é fundamental para o bem-estar psíquico do indivíduo, pois é a partir dela que cada pessoa elege seus planos de vida.

Ademais, a repetição de frases como “negro é macaco”, “vira homem”, “judeus são traiçoeiros”, dentre outras, reforça o preconceito e estigmas, estimulando as discriminações. Ainda, a forma com que a sociedade enxerga uma pessoa é importante no modo como ela mesma se vê; dessa forma, se há sobre ela uma imagem humilhante, essa imagem vai oprimi-la até que seja internalizada por ela mesma.

Ainda, a omissão do Estado em relação aos discursos de ódio gera nas vítimas um sentimento de abandono, como explica Daniel Sarmento:

Na verdade, quando o Estado se omite diante de uma manifestação pública de ódio ou desrespeito contra minorias – ou até age para protegê-las, proporcionando, por exemplo, escolta policial para assegurar o exercício da liberdade de expressão de racistas e neonazistas, como tem ocorrido algumas vezes nos Estados Unidos-, o sinal que se transmite para o público e para as vítimas é o de que não vê nada de errado na conduta do ofensor. A dor e a sensação de abandono dos alvos destas manifestações tende a ser

amplificada, e o símbolo que fica – e todos sabemos da importância dos símbolos na vida social – é o de um Estado cúmplice da barbárie.⁵⁸

O que acontece, na verdade, é que a liberdade de expressão impõe que as pessoas tolerem manifestações odiosas e abomináveis em troca de um autocontrole emocional. Contudo, a disseminação da intolerância, contra minorias que já padecem com os efeitos da opressão sistêmica, produz um ambiente de hostilidade entre os próprios indivíduos da coletividade, não resolvendo o conflito social existente.

Nesse sentido, o exercício abusivo da liberdade de expressão, ao gerar danos injustificados, deve ser evitado pelo Direito. Ainda, é fundamental o papel da sociedade e do Estado no combate ao *hate speech*, buscando evitar as lesões causadas pelas graves violações aos direitos dos indivíduos atingidos.

4.2 A EFICIÊNCIA NO COMBATE AO *HATE SPEECH*

A proibição do discurso de ódio, por si só, não põe fim a essa prática. Isso porque o racismo, a homofobia, ou qualquer outro tipo de intolerância já são fenômenos constitutivos e intrínsecos na nossa estrutura social. Para que ocorra o banimento de tal discurso é necessária, em um primeiro momento, a implementação de políticas públicas de ação afirmativa, que tenham como objetivo reduzir as desigualdades entre os indivíduos, através de campanhas públicas.

Além disso, é necessário o desenvolvimento na sociedade de uma cultura de tolerância e valorização da diversidade.⁵⁹ Numa sociedade plural, é fundamental aceitar e respeitar a diferença do outro, não cabendo, assim, a licenciosidade estatal frente à disseminação do preconceito. Nesse sentido, afirma Daniel Sarmento:

Para usar um exemplo extremo, ninguém pregaria a tolerância estatal como resposta adequada diante de um estupro. Tolerar o estupro seria violar gravemente os direitos fundamentais mais elementares da sua vítima. Parece-nos que é possível generalizar este exemplo, para afirmar que, diante de violações e ameaças de direitos humanos, a resposta correta do Estado não é a tolerância. O seu papel, pelo contrário, é o de buscar evitar as lesões, e, caso isto não seja possível, punir os culpados e amparar as vítimas.⁶⁰

⁵⁸SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2018.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Idem.

E são inúmeras as práticas que promovem o respeito às diferenças. Ora, é verdade que os valores que formarão o caráter de uma pessoa são moldados durante sua infância, e que são as famílias e escolas que transmitem esses valores. O respeito às diferenças é um valor imprescindível para a formação de adultos tolerantes e que entendam seu papel na sociedade, e, por isso, é fundamental que os pais e escolas, responsáveis por essa internalização, derrubem primeiro seus próprios preconceitos para poderem, assim, educar uma criança. Nesse sentido, é preciso ter em mente que o exemplo é a melhor maneira para vencer o preconceito enraizado na sociedade, daí surge a necessidade de adoção de políticas públicas e campanhas educativas que promovam a interculturalidade.

De mais a mais, é de suma importância a divulgação dos processos que envolvam o tema, sendo uma forma de dar publicidade às manifestações intolerantes, e ainda, demonstrar que o Estado e a sociedade se posicionam contra os discursos de ódio. Outrossim, o Direito, como componente da estrutura organizacional do Estado, deve desenvolver mecanismos e instrumentos que enfrentem e combatam o *hate speech*, de modo a romper as relações de poder e dominação existentes na sociedade, com o fim de proteger os direitos das minorias vulneráveis.

Portanto, precisamos construir uma nova conjuntura social que permita que as próximas gerações possam efetivamente repudiar qualquer tipo de discriminação e preconceito, rompendo a realidade atual de injustiça contra as minorias. Enfim, colocar-se no lugar do outro é fundamental nesse processo.

4.3A PROTEÇÃO AO DISCURSO DE ÓDIO E A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O direito pós-moderno ou contemporâneo alterou o eixo axiológico sobre o qual se sustentava a dogmática jurídica.⁶¹ A principal modificação ocorrida com o rompimento da dogmática foi a mudança do valor que norteia todo o sistema jurídico, ou seja, o direito passou a proteger, de forma precípua, a dignidade da pessoa humana. Importa ter em conta que a função do direito moderno, nas anotações de Romualdo Baptista:

⁶¹SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Critérios para fixação da indenização por dano moral**. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-civil/CRITERIOS%20PARA%20FIXACAO%20DA%20INDENIZACAO%20POR%20DANO%20MORAL.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

[...] era proteger a propriedade privada, justamente para evitar os abusos do Estado absolutista. O indivíduo se vinculava aos bens de modo absoluto, o que em tese impedia a intervenção do Estado na seara do direito privado.⁶²

Assim, a propriedade era um direito absoluto na era moderna, apenas rompendo-se tal concepção com o advento da era pós-moderna. O direito, então, abre-se para um cenário de flexibilidade, isso porque a noção de patrimônio foi alterada. A noção moderna de patrimônio corresponde ao conjunto de bens materiais que possuía o indivíduo, já a noção pós-moderna torna-se mais abrangente, ao passo que inclui todos os bens imateriais que são atribuídos à pessoa.⁶³ Ou seja, agora, se protege a pessoa, que possui a propriedade dos bens, e essa proteção compreende a proteção dos seus atributos, isto é, dos seus direitos da personalidade.

No tocante especificamente ao discurso de ódio, tal virada paradigmática foi de extrema relevância. Os direitos da personalidade, em especial os direitos à honra, à imagem e à privacidade, se constituem na relação com os demais indivíduos, possibilitando o desenvolvimento das potencialidades pessoais de cada um, ligando-se a noção de dignidade da pessoa humana. Assim, tais direitos são “atribuídos à pessoa na medida em que servem para a sua dignificação”⁶⁴.

Com as manifestações de ódio, violam-se a constituição psíquica do indivíduo e suas potencialidades, ou seja, os direitos da personalidade são desrespeitados, em especial os direitos à honra, à imagem e à privacidade. Neste contexto, levando em consideração que o direito atual tem a função de proteger a pessoa e toda sua significação, é que tornar-se fundamental a proteção ao *hate speech*.

A proteção a tais direitos, que se impõe como meio de promover a dignidade humana, pode tornar-se eficaz e integral com os instrumentos de tutela dos direitos da personalidade, previstos no art. 12 do Código Civil Brasileiro, que permite exigir a cessação da ameaça de lesão ou da própria lesão a um direito existencial e ainda, prevê a possibilidade de reclamar perdas e danos. Ainda, tais meios de tutela, de natureza repressiva, preventiva ou de atenuação de danos, são perfeitamente cumuláveis.

⁶²Idem.

⁶³ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Teoria Geral da responsabilidade civil**, in: Coleção Direito Civil, v.5- Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.19

⁶⁴SANTOS, Romualdo Baptista. **Critérios para fixação da indenização por dano moral**. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-Civil/CRITERIOS%20PARA%20FIXACAO%20DA%20INDENIZACAO%20POR%20DANO%20MORAL.pdf>>. Acesso em: 26 mar.2018.

4.3.1 A reparação civil

Um dos instrumentos de tutela dos direitos da personalidade ocorre por meio da responsabilidade civil. A responsabilidade civil possui caráter repressivo e visa determinar a reparação pecuniária pelos danos sofridos a alguns dos direitos da personalidade. Assim, a obrigação de indenizar surge da consumação de tais danos.

Inicialmente, cabe lembrar que antes a responsabilidade civil apenas protegia os bens materiais dos indivíduos, contudo com o advento do direito pós-moderno, levando em consideração a centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, passou-se a defender a dignidade humana, que tem a função não só de proteger o patrimônio, mas também os bens que não possuem natureza econômica, aqueles que compõem a esfera mais íntima da personalidade.

Ademais, a responsabilidade civil é um dever jurídico de conduta, Romualdo Baptista explica:

Entendemos que a responsabilidade civil está relacionada à noção de que somos responsáveis pelos fatos decorrentes da nossa conduta, isto é, que devemos nos conduzir na vida sem causar prejuízos às outras pessoas, pois se isso acontecer ficamos sujeitos a reparar os danos. E, de outra parte, significa que as pessoas têm o direito de não serem injustamente invalidadas em suas esferas de interesses, por força de nossa conduta, pois caso isso aconteça têm elas o direito de serem indenizadas na proporção do dano sofrido. Vemos então que a responsabilidade civil está ligada à conduta que provoca dano às outras pessoas.⁶⁵

Assim, para a existência da obrigação de reparar é necessário a ocorrência de uma conduta que gere um dano à esfera jurídica da vítima. Esse dano pode ser de duas modalidades, será material quando atingir diretamente a vítima ou seu patrimônio e será imaterial quando atingir a esfera moral da vítima, isto é, os bens sem valor econômico imediato.

No que toca ao *hate speech* decorre especialmente o dano moral. Isso porque o dano moral está relacionado diretamente à violação aos direitos da personalidade, ao causar abalo na estrutura psíquica do indivíduo. Ocorre que tal dano advém da dor e sofrimento gerado,

⁶⁵SANTOS, Romualdo Baptista. **Critérios para fixação da indenização por dano moral**. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-civil/CRITERIOS%20PARA%20FIXACAO%20DA%20INDENIZACAO%20POR%20DANO%20MORAL.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

não possuindo valor econômico e assim, não pode ser substituído por algo equivalente. Sobre o assunto, Immanuel Kant explicou:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente, por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço e, por isso, não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.⁶⁶

Assim, a obrigação de reparação de um dano moral assume um caráter meramente compensatório, pois o que se admite é uma forma de compensar o dano sofrido pela vítima a partir da reparação, visto que não será possível a reconstituição do *status quo ante*. Ademais, as referências a esse tipo de dano são escassos no nosso ordenamento, apesar da previsão no art. 5º, X da Constituição Federal da República Brasileira de 1988 do direito de reparação nos casos de violação aos direitos da personalidade, como explica Adriano Godinho:

As referências aos danos morais na legislação brasileira, contudo, são esparsas. É certo que a Constituição da República os consagrou, ao firmar sua autonomia em relação aos danos materiais, o que ocorre das previsões contidas nos art. 5º, incisos V e X e no art. 114, inciso VI, como também e inequívoco que o art. 186 do Código Civil brasileiro define o ato ilícito como sendo a conduta culposa ou dolosa capaz de provocar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Não há, contudo, na normatização conferida à responsabilidade civil por este Código, uma única referência expressa aos danos morais.⁶⁷

É por tais motivos que subsiste a problemática da fixação e quantificação do montante indenizatório nesses casos. Contudo, a jurisprudência e doutrina convergem no entendimento de que cabe ao juiz fixar tal valor, por meio de arbitramento, ou seja, o magistrado deve se valer dos elementos constantes nos autos para chegar a um valor que seja razoável para cada caso, isso porque cada pessoa possui uma estrutura psíquica diferente e assim, recebe a violação aos seus direitos de modo diverso.

Contudo, alguns critérios devem ser levados em conta pelo magistrado para tal operação. O Código Civil brasileiro, no seu art. 944, *caput*, estabelece apenas um critério, a extensão do dano, ou seja, quanto mais grave o dano, maior deverá ser o valor reparatório. Em acréscimo, a doutrina e jurisprudência têm se utilizado de outros critérios, dentre eles: a lesividade da conduta, a repercussão do fato e a capacidade econômica do ofensor. Na lesividade da conduta é analisada a culpa ou dolo do ato praticado, e dessa forma, o artigo 944, parágrafo único do Código Civil possibilita que o juiz reduza o valor da indenização “se

⁶⁶KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, trad: Leopoldo Holzbach, coleção A obra prima de cada autor, São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 65.

⁶⁷GODINHO, Adriano Marteleto. A defesa especial dos direitos da personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado. Maringá: 2013, p. 194-195.

houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e dano”⁶⁸. Ainda, deve ser considerada a repercussão que o fato causou. Isso porque um fato que atingiu não só a esfera pessoal do ofendido, expondo-o no meio social, deve ser levado em conta na hora da fixação do valor da reparação. Por fim, há de se considerar a situação financeira do agressor, para que o valor arbitrado não seja insignificante em relação ao seu patrimônio total, de forma a incentivar a repetição do ilícito. Assim, levando em consideração tais critérios o magistrado poderá alcançar um valor reparatório que atenda aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Enfim, no que toca a reparação por danos causados à honra, em virtude da prática do *hate speech* e partindo-se dos critérios expostos acima para fixação do montante ideal, nossos tribunais têm se posicionado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSAS RACISTAS. PRECONCEITO E INTOLERÂNCIA. DANO MORAL CARACTERIZADO. 1. A autora logrou comprovar os fatos articulados na exordial, no sentido de que foi ofendida pela ré, sem que desse causa para aquela conduta desmedida e agressiva. 2. Salienta-se que a palavra "negro", proferida de forma isolada, não configura o crime de racismo, previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89. Contudo, no presente caso, as expressões utilizadas pela ré, funcionária da parte recorrente, tais como "negra mal educada", "burra", "idiota", além de comentários pejorativos em relação à Lei Áurea, demonstram o intuito preconceituoso e depreciativo contra a autora, capaz de causar verdadeiro abalo à honra e dignidade desta, como se o ser humano pudesse ser avaliado e etiquetado pela cor de sua pele e não pela conduta que adota no convívio social. 3. Note-se que as ofensas proferidas calam fundo na alma, pois se traduz no mais vil dos preconceitos, aquele atinente a cor de um ser humano, como se isso pudesse definir o comportamento ético-social de uma pessoa apenas em razão de sua pele, não por sua conduta e ações que pratica, logo, se pudesse ser atribuído o valor de cada um, certamente não é a medida da intolerância que seria o prumo para estabelecer a retidão moral de cada homem ou mulher. 4. É passível de ressarcimento o dano moral causado no caso em exame, decorrente de a autora ter sido ofendida, sem que houvesse injustamente provocado, tal medida abusiva resulta na violação ao dever de respeitar a gama de direitos inerentes a personalidade de cada ser humano, tais como a imagem, o bom nome e a reputação do ofendido. 5. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as conseqüências da conduta da ré, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita do demandado. 6. O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições da ofendida, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmensurado, importando em enriquecimento ilícito.

⁶⁸BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

Quantum mantido. Negado provimento ao recurso. (Apelação Cível nº 70065318990, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/09/ 2015).⁶⁹

Enfim, no que concerne à ofensa decorrente do *hate speech*, poderá o lesado pleitear os danos morais, que são consequência imediata desse tipo de violação, ao passo que compromete a estrutura psíquica do indivíduo ao causar-lhe frustração pelas humilhações sofridas. Dessa forma, o abuso a algum dos direitos da personalidade, causados pela manifestação de ódio e intolerância, encontra proteção na obrigação de reparação do dano suportado pela vítima.

4.3.2 Os meios não pecuniários de reparação de danos

O ordenamento jurídico brasileiro ainda traz a possibilidade da vítima do *hate speech* utilizar-se de um meio acautelatório para cessar a ameaça aos seus direitos da personalidade, impedindo a concretização de qualquer prejuízo. Tal tutela denomina-se inibitória, de natureza preventiva, tendo em vista que visa impedir a produção de todos os danos decorrentes de eventuais lesões aos direitos essenciais.⁷⁰

Contudo, para que seja assegurada a eficácia das medidas legais da referida tutela, é necessária a presença de alguns requisitos. A ameaça deve ser ilícita, não se exigindo a existência do dano propriamente dito. Ainda, é fundamental a iminência da ofensa, que será comprovada com análise das circunstâncias do caso concreto.⁷¹ A partir daí, quem colocar sob ameaça os direitos da personalidade de outrem pode ser compelido ao cumprimento de alguma obrigação de fazer ou não fazer, como por exemplo, a proibição de divulgação de imagens ou matérias jornalísticas preconceituosas, ou ainda, a vedação da venda de livros que incitem à intolerância. Além do dever de cumprir a obrigação imposta, o magistrado poderá ainda impor ao ofensor uma multa cominatória, para caso descumpra a ordem judicial.

No caso da violação consumada, a vítima pode pleitear a mitigação dos efeitos da ofensa. Tal tutela, de atenuação dos danos, revela-se fundamental no caso de ofensa à honra, como ocorre no *hate speech*. Isso porque, como explica Tiago Soares: “É por todos sabido

⁶⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Quinta Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70065318990**. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Data do julgamento: 30/09/2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Dano+moral+%28preconceito%29>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

⁷⁰GODINHO, Adriano Marteleto. A defesa especial dos direitos da personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado. Maringá: 2013, p.186.

⁷¹Idem. p. 188.

que as meias verdades, as insinuações, a suspeita, o inconclusivo, são a via com mais sucesso para ofender a dignidade e honra pessoais de quem quer que seja.”⁷²

Nesse tipo de tutela, no caso de ofensa à honra e a imagem, destacam-se o direito de resposta e a retratação, medidas atenuantes com o fito de eliminar ou mitigar os danos causados à vítima do discurso de ódio. O direito de resposta é um instituto que pode ser pleiteado pelo ofendido para se defender das manifestações odiosas publicadas contra ele, como forma de esclarecê-las. A Lei n. 13.188/2015 regulamenta o direito de resposta em casos de publicações ofensivas, caracterizadas por conteúdos que atentem contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoas físicas ou jurídicas (art. 2º da Lei nº. 13.188/2015), divulgadas inclusive na internet. Ainda, a referida lei determina que a divulgação do direito de resposta deva ocorrer de forma proporcional ao agravo, ou seja, a retificação deve possuir o mesmo destaque, publicidade, periodicidade e dimensão da matéria que a ensejou (art. 4º). Assim, pode-se perceber, que tal instituto opera de acordo com a citada Lei, destacando sua importância para o combate à propagação dos discursos de ódio.

Já a retratação visa à recomposição natural do dano, quando, por exemplo, o ofensor retira a declaração feita, mediante declaração contrária a anteriormente realizada, no intuito de anular a sua manifestação. Cabe atentar ao fato de que nesses casos, a nota de desagravo deve observar alguns critérios, como indica Adriano Godinho:

Caso uma pessoa tenha sua honra maculada em virtude de publicações inverídicas, ou mesmo verídicas, mas que atentem contra sua privacidade, poderá exigir que a retratação mereça o mesmo destaque atribuído à nota desabonadora divulgada. Assim, se o aviltamento da dignidade de um indivíduo se dá através de uma publicação de uma matéria de capa de um jornal ou revista, com detalhamentos contidos numa reportagem de duas páginas do mesmo periódico, uma eventual nota de desagravo merecerá igual espaço numa edição posterior daquela publicação. Em se tratando de notícias divulgadas em páginas da internet, que tenham ficado expostas por uma quinzena, poderá o magistrado determinar que a retratação figure no mesmo sítio virtual por idêntico período.⁷³

Importa ter em conta, a propósito, que as tutelas aqui apresentadas podem ser cumuladas, quando, por exemplo, num mesmo caso verifica-se que seja necessário reparar danos já consumados e ao mesmo tempo inibir danos futuros.

⁷²FONSECA, Thiago Soares da. Da tutela judicial civil dos direitos da personalidade. In: **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, a.66, n.1, Janeiro/2006, p. 257.

⁷³GODINHO, Adriano Marteleto. A defesa especial dos direitos da personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado. Maringá: 2013, p.191.

Enfim, no que se refere aos meios de tutela dos direitos da personalidade, tal proteção vai além do universo da responsabilidade civil, devendo ser verificado em cada caso, a medida suficiente para cessar a ameaça ou lesão, procurando aquela que não cause danos desnecessários ao ofendido. Isso porque a maioria das vítimas do discurso de ódio opta por não utilizar-se de nenhum meio de tutela para não se expor ainda mais, tendo em vista que o abalo psicológico provocado por tais manifestações já é imenso.

4. 4 A PONDERAÇÃO DE VALORES COMO SOLUÇÃO CONCILIATÓRIA

Em uma sociedade plural como a brasileira é imprescindível que exista uma solução conciliatória como forma de resolver os conflitos que envolvam direitos fundamentais. Esse caminho intermediário é representado no presente trabalho pela técnica de ponderação, pormenorizadamente desenvolvida por Robert Alexy e pautada no princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade se subdivide em três máximas ou subprincípios, são eles: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade. A adequação exige que se adotem medidas aptas para atingir os fins pretendidos. A necessidade é responsável pela realização de um juízo comparativo, isto é, verifica se não há outro meio menos gravoso para atingir os objetivos visados. Já a proporcionalidade em sentido estrito é a própria ponderação defendida por Alexy. Tal elemento parcial da proporcionalidade justifica a interferência estatal na esfera dos direitos dos indivíduos a partir da ponderação feita entre o ônus imposto e o benefício trazido.⁷⁴

Observa-se, assim, que a harmonia entre os direitos essenciais só é atingida com a aplicação da proporcionalidade, uma vez que o magistrado depara-se com um conflito axiológico plural, cujos direitos confrontam-se a todo o momento. Com efeito, a metodologia da ponderação se baseia em tal princípio, com o objetivo de conferir maior transparência à empreitada hermenêutica que irá ser realizada. Isso porque tal técnica contrapõe valores e indica um caminho mais racional a ser seguido nesse processo. Guilherme Soares relata que de acordo com tal técnica:

Uma restrição a um determinado direito fundamental é admitida quando endereçada à satisfação de outro direito individual ou bem coletivo

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.142

constitucionalmente protegido, cujo peso ou importância releva-se igual ou superior, à luz das circunstâncias concretas envolvidas.⁷⁵

Assim, se constatado um conflito entre direitos fundamentais, como ocorre no caso do *hate speech*, na qual há o conflito entre a liberdade de expressão e direitos essenciais, e não for possível a harmonia entre ambos, caberá o processo de hierarquização, ou seja, sopesá-los para verificar qual deles merecerá resguardo. Contudo, faz-se necessário indicar alguns parâmetros que sirvam de baliza para o intérprete, como forma de diminuir as margens de arbítrio do julgador, conferindo maior segurança ao procedimento. Sendo alguns deles⁷⁶:

- i) O Estado deve ser mais tolerante em relação aos excessos manifestados por integrantes dos grupos minoritários contra os grupos hegemônicos, considerando a realidade empírica da minoria oprimida, que sofrem mais com os ataques desferidos.
- ii) É fundamental assegurar o debate de ideias. Assim, teses racionais, que tratem de contribuições científicas (por exemplo, provar que uma raça possui Q.I mais elevado que as outras) não devem ser censuradas, mesmo que desfavoráveis a determinados grupos, pois não contém caráter discriminatório ou intuito de disseminar intolerância;
- iii) Apenas as ofensas explícitas de ódio, ou seja, aquelas externadas devem limitar à liberdade de expressão. Além do mais, quando tratar-se de manifestações ofensivas disfarçadas de humor deve haver repressão jurídica.
- iv) O destinatário das mensagens constitui outro critério a ser observado. Isso porque sabemos que os adultos, em regra, possuem o discernimento necessário para formar suas opiniões. Contudo, crianças e adolescentes não possui essa “peneira”, pois estão em processo de formação de suas identidades. Assim, a disseminação de ideias de ódio a esses destinatários contribui para a formação de adultos intolerantes, e conseqüentemente, de uma sociedade opressiva;
- v) O meio empregado para divulgar as ideias de ódio também é relevante, tendo em vista que os atos publicados nos meios de comunicação de massa, como por exemplo, em *sites* da internet, provocam um impacto muito maior, na medida em que as pessoas entram em contato com tais mensagens mesmo que não procurem por elas, o que acaba gerando um controle muito menor sobre a abusividade de tais atos.

⁷⁵ SOARES, Guilherme. **Restrições aos direitos fundamentais: a ponderação é indispensável?** In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005, p.332.

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em 28 mar. 2018.

- vi) A escolha sobre qual dos direitos deve predominar será realizada com base nas particularidades do caso concreto;
- vii) A extensão e grau do sofrimento e humilhação gerados por tais manifestações devem ser levadas em conta no processo de ponderação, já que qualquer solução, sobretudo tratando-se de direitos fundamentais, deve ser pautada pela proteção à dignidade humana.

Com efeito, a aplicação da técnica de ponderação deve permitir inferir qual direito melhor resguarda a dignidade humana. Nesse sentido, observa Daniel Sarmento:

A dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.⁷⁷

Em decorrência dos argumentos trazidos no presente trabalho se faz imperiosa a utilização da técnica de ponderação em consonância com o núcleo duro do primado da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o comprometimento da liberdade de expressão mostra-se inevitável frente ao abuso no exercício desse direito fundamental, em face do reconhecimento da dignidade humana e da manutenção de outros direitos fundamentais, como a honra, imagem, privacidade e intimidade, valores que formam a essência da personalidade dos indivíduos.

Em suma, a proteção aos direitos da personalidade se impõe como meio de promover a dignidade humana. Nesse sentido, é fundamental a aplicação das medidas legais de tutela de tais direitos para tornar ineficaz o discurso de ódio, tendo em vista que as manifestações de ódio violam a constituição psíquica do indivíduo e suas potencialidades.

⁷⁷SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001, p. 74.

5. CONCLUSÃO

O respeito às diferenças é uma virtude fundamental no sucesso e progresso social de qualquer país, configurando-se como valor a ser perseguido e exaltado, pois garante o fortalecimento do princípio da igualdade, além de contribuir para formação de indivíduos tolerantes e que entendam seu papel na sociedade.

Por consequência lógica, a violação a esse valor e a manifestação de ideias de ódio devem ser reprimidas severamente, contudo com a devida cautela, tendo em vista que a liberdade de expressão é consectário para o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito, ao passo que habilita o indivíduo a postular todos os outros direitos que faz jus. Dessa forma, surge a necessidade de verificar a partir de qual momento se inicia uma prática discursiva odiosa, além de estabelecer os limites a esse direito fundamental. Nesse sentido é que tornar-se de extrema relevância a análise do tema em relação aos sistemas jurídicos internacionais.

Quanto ao Brasil, o número de processos judiciais que tratem do discurso de ódio ainda é pequeno. O país enfrentou seu caso mais polêmico sobre o assunto com o julgamento do HC 82.424/RS (caso Ellwagner). Tal caso serve de parâmetro para os julgados posteriores, contudo é necessário fixar critérios mais objetivos em relação à temática.

Conforme esposado ao longo desse trabalho, o *hate speech* gera um série de danos às suas vítimas, como o abalo na sua estrutura psíquica. Daí decorre a necessidade da aplicação das normas que protegem os direitos da personalidade do indivíduo. Malgrado as dificuldades, a compensação dos danos morais tem se mostrado a melhor alternativa de reparação em tais casos, sem deixar de lado os meios não pecuniários de reparação, como o direito de resposta e a retratação.

Ademais, ao deparar-se com o conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade humana, o método de solução de confrontos mais adequado é a aplicação da técnica de ponderação, desenvolvida por Robert Alexy, baseada no princípio da proporcionalidade. Todavia, em se tratando do núcleo duro da dignidade humana e dos direitos da personalidade, deve ceder o exercício abusivo do direito à liberdade de expressão. Dessa forma, a partir das características de cada caso, deve-se inferir qual direito melhor resguarda o primado da dignidade humana.

O grande desafio quanto à temática é a construção de um novo processo de defesa das minorias, enérgico contra o preconceito e a intolerância. Esse processo apenas poderá concretizar-se a partir da luta pelo reconhecimento mútuo e tolerância, pressupostos

essenciais para o respeito aos direitos fundamentais e conviência entre os indivíduos da sociedade, isso porque a mera punição ao ofensor não muda suas ideias e não o impede de voltar a reproduzi-las.

Nesse deambular, torna-se premente a utilização da tese defendida no presente trabalho para frear a perpetuação da aversão aos grupos já estigmatizados, além de possibilitar o rompimento das relações de poder hierarquicamente formadas, tendo em vista que a sociedade necessita de condições paritárias para contrução da sua própria personalidade. Assim, os postulados da igualdade e da dignidade humana devem constituir limitações externas ao direito à liberdade de expressão, que não deve ser realizado com o propósito de propagar discursos que estimulam a intolerância e ódio público.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Constituição (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2018.

ANDORNO, Roberto. “**Liberdade**” e “**dignidade**” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BLACK, Hugo LaFayette. **Constitutional Faith**. New York: Knopf, 1969.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei n. 7.716/89, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, 6 jan. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. **Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015**. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13188.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus 82.424/RS**. Paciente: Siegfried Ellwagner. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário de Justiça, Brasília, DF, 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **RHC 134682/BA**. Impetrante: Jonas Abib. Relator: Min. Edson Fachin. Diário de Justiça, Brasília, DF, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **RHC 146303/RJ**. Impetrante: Tupirani da Hora Lores. Relator: Min Edson Fachin. Diário de Justiça, Brasília, DF, 2018.

_____. Tribunal de Justiça do RS. Quinta Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70065318990**. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Data do julgamento: 30/09/2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Dano+moral+%28preconceito%29>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e americano. **Revista de Direito Público**, v.15, n. 117, jan/mar 2007.

_____, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso de Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. **Revista de Direito Público**, Brasília, DF, n.15, jan/mar. 2007
 BUSSO, Rodrigo Bueno. O controle social pelo discurso do ódio. **Revista Jus Navigandi**, 2011. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/19571/o-controle-social-pelo-discurso-do-odio>>. Acesso em 14 mar. 2018.

CARCARÁ, Thiago Anastácio; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Discurso de ódio e democracia: participação das minorias na busca pela tolerância**. Disponível em:<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e04c14a66e1b2746>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

CARREIRÃO, Bruno de Oliveira. **A liberdade de expressão e o politicamente correto**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso- Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito.

CRETELLA JR., José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ESTADOS UNIDOS. **Primeira Emenda Constitucional**. Washington, DC, 1791.

FONSECA, Thiago Soares da. Da tutela judicial civil dos direitos da personalidade. In: **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, a.66, n.1, Janeiro/2006.

GODINHO, Adriano Marteleto. A defesa especial dos direitos da personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado. Maringá: 2013, p. 179-208.

GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Direitos Fundamentais e Dignidade Humana. **Revista Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404>. Acesso em 15 mar. 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HELLER, Agnes. **O cotidiano e a história**. Tradução Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

Justiça condena Levy Fidelix por declarações sobre homossexuais. Disponível em:<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/03/justica-condena-levy-fidelix-por-declaracoes-sobre-homossexuais.html>> . Acesso em 25 mar. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, trad: Leopoldo Holzbach, coleção A obra prima de cada autor, São Paulo: Martin Claret, 2005.

Liminar proíbe viradouro de desfilar com carro do holocausto. Disponível em: <http://g1.globo.com/Carnaval2008/LIMINAR+PROIBE+VIRADOURO+DE+DESFILAR+COM+CARRO+DO+HOLOCAUSTO.html>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v.16, n. 3, p. 227-255, set/dez.2014. Quadrimestral.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011
MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. **“OnLiberty”**. In: American State Papers, Federalist. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc, 1978.

NETO, João dos Passos Martins. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

NICHEL, Andressa et al. **O sistema judiciário e o tratamento conferido a discursos de ódio online**. 26º Jornada Acadêmica da UFSM, 2011. Disponível em: <https://nudiufsm.files.wordpress.com/2011/03/resuerjdiscc3b3dio.pdf>>. Acesso em: 15 março 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 14 mar. 2018.

PEREIRA, Lucas. **Os dois conceitos de liberdade em Isaiah Berlin**. Disponível em: https://medium.com/@lucaspereira_93691/os-dois-conceitos-de-liberdade-em-isaiah-berlin-78decff7b33f>. Acesso em: 02 abr. 2018.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Teoria Geral da responsabilidade civil**, in: Coleção Direito Civil, v.5- Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Romualdo Baptista. **Critérios para fixação da indenização por dano moral**. Disponível em: <http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-civil/CRITERIOS%20PARA%20FIXACAO%20DA%20INDENIZACAO%20POR%20DANO%20MORAL.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2018.

_____, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

SILVA, Roseane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: Jurisprudência brasileira. **Revista Direito- GV**, São Paulo, v.7, n.2, jul/dez 2011.